Die Erfordernisse des Rechtsverhältnisses im § 930 des Bürgerlichen Gesetzbuches.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

JURISTENFAKULTÄT DER

UNIVERSITÄT ROSTOCK

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

ACAD. LUGD. BAT BIBL.

vorgelegt von

Bruno Schundau
aus Marggrabowa (Ostpr.).

Berlin 1912.
Hermann Blanke's Buchdruckerei und Verlag,
Kleine Rosenthalerstr. 9.

Referent: Herr Professor Dr. Matthiass.

Dem Andenken
meiner Eltern in Liebe und Dankbarkeit
gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553615_0110

Inhalt.

§ 1.

I. Einleitung 11

Das constitutum possessorium nach der gemeinrechtlichen Lehre

§ 2.

II. Ausführung 24

1. Das „Rechtsverhältnis“ des § 930 B.G.B. ist identisch mit dem „Verhältnis“ des § 868 BGB.; seine Kriterien sind:

§ 3.

a) Berechtigung oder Verpflichtung des unmittelbaren Besitzers zum Besitze 34

§ 4.

b) diese Berechtigung ist eine zeitlich begrenzte und beruht . 42

§ 5.

c) auf einem den Beispielsfällen des § 868 ähnlichen Verhältnis 48

§ 6.

2. Diese Aehnlichkeit erfordert als gemeinsames Moment einen „auf Zeit anvertrauten“ Besitz, dessen wesentliche Merkmale 53

§ 7.

a) ein vom mittelbaren Besitzer abgeleiteter Besitz des unmittelbaren Besitzers 56

§ 8.

b) ein, wenn auch noch nicht fälliger Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den Besitzmittler sind 65

§ 9.

3. Ist der Veräusserer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer? 75

§ 10.

III. Schluss 81

Zusammenfassung über die Zweckmässigkeit des constitutum possessorium und der causa detentionis bei seiner Anwendung

Literaturverzeichnis.

Aravantinos, Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Rechte. In Iherings Jahrbüchern Bd. 48 S. 101 ff.

Bartel, Der mittelbare Besitz und die rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer. Diss. 1899.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 42. S. 645 f.

Bähr, Zur Besitzlehre. In Iherings Jahrbüchern Bd. 26, S. 327 ff.

Becker, Sicherung des Gläubigers durch constitutum possessorium. Diss. 1899.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen. (Iher. Jahrb. Bd. 34. S. 1 ff.).

Bekker, Aphorismen zur Besitzlehre. In Bernhöfts und Binders Beiträgen zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Heft 1.

Behrend, Gutachten. In den Verhandlungen des 15. deutschen Juristentages 1880 Bd. 1, S. 72 f.

Bendix, Das deutsche bürgerliche Recht. Bd. 2, 2. Aufl. 1904.

Biermann, Das constitutum possessorium. Diss. Berlin 1885.

Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Das Sachenrecht. Berlin 1903.

Biermann, Traditio Ficta. Ein Beitrag zum heutigen Zivilrecht 1891.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach BGB. Leipzig 1901.

Blatzheim, Kann derjenige, welcher nicht selbst Besitzer, sondern nur Stellvertreter des Dritten Besitzers einer Sache ist, durch const. poss. den Besitz der Sache weiter übertragen? Diss. Bonn. 1898.

Brunswig, Der Begriff des Besitzes nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. 1904.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach BGB. Berlin 1901.

Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2 1897.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2 1904.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3, 1905.

Dernburg, Pandekten, Bd. 1. 7. Aufl. 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussen. Sachenrecht Bd. 3, 1908.

Düringer-Hachenburg, Bd. II. Das Handelsgesetzbuch 1901.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. 2. 1. u. 2. Aufl. 1904.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1905.

Engelhardt, Welche Rechte stehen dem Oberbesitzer zu? Diss. 1902.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, Bd. 2, 1898.
Ernst, Zur Lehre vom mittelbaren Besitz. Diss. 1905.
Exner, Gutachten. In den Verhandlungen des 15. deutschen Juristentages 1880. Bd. 1 S. 3 f.
Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition. 1867.
Felscher, Das Erfordernis einer causa detentionis bei Besitz- und Eigentumserwerb durch constitutum possessorium im gemeinen und heutigen bürgerlichen Rechte. Diss. Borna-Leipzig 1909.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, München 1906.
Förtsch, Sind nach dem Rechte des BGB. die gesetzlichen Vertreter Besitzer der in ihren Händen befindlichen Sachen der von ihnen vertretenen Personen? (Gruchots Beiträge Bd. 43.)
Franke, Zur Lehre vom mittelbaren Besitz, insbesondere das gegenseitige Verhältnis des Besitzmittlers und des mittelbaren Besitzers. Diss. 1903.
Fuchs, Der mittelbare Besitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1906.
Gärtner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuem deutschen Recht. Breslau 1901.
Geissler, Der Besitz des gesetzlichen Vertreters. Diss. 1905.
Geller, Tradition, constitutum possessorium und pactum reservati dominii. Im österr. Zentralblatt für die juristische Praxis Bd. 21. S. 1 f.
Gerbert, Die Sicherheitsübereignung und das Mobiliarsicherungsrecht. 1905.
Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB. Jena 1897.
Gierke, Ist nach den Vorschriften des BGB. die Verfolgung des dinglichen Rechts auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig? (Verhandl. des 24. deutschen Juristentages. Gutachten Bd. 3. S. 29 ff.).
Goldschmidt, Grundlagen der Besitzlehre. In seinen vermischten Schriften Bd. 1 1901.
Harburger, Das constitutum possessorium. Diss. München 1881.
Hauser, Stellvertretung im Besitze 1870.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.
Hirzel, Das constitutum possessorium. Diss. Zürich 1893.
v. Ihering, Der Besitzwille 1889.
Isay, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich. Jena 1900.
Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts. Bd. I. Altona 1839.
Kipp, Bemerkungen zur Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Windscheids Pandekten Bd. 1. 1906. 9. Aufl.
Klein, Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. 1899.
Kober, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 3. 1907.
Kohler, Vertrag und Uebergabe. Im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 18. S. 1 ff.

Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs, gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Rechte. 1900.
Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1906.
Kuhlenbeck, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2, 1903
Landsberg, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs, ein dogmatisches Lehrbuch. 2. Aufl. 1904.
Lehmann, (s. Enneccerus).
Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.
Leonhard, Kritik der Harburgerschen Dissertation das constitutum possessorium. In der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 23. S. 311 ff.
Loepert, Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. 1904.
Maenner, Das Recht der Grundstücke nach dem BGB. München 1899.
Matthias, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II. Berlin 1900.
Meischneider, Besitz und Besitzschutz. 1876.
Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich. Sachenrecht, Breslau 1901.
Neumann, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Handausgabe Bd. 1. 4. Aufl. 1905.
Nord, Die rechtliche Natur der Besitzübertragung im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. 1903.
Nathan, Die Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen mittels constitutum possessorium zum Zwecke der Sicherung von Forderungen. Diss. 1909.
Oertmann, Das Besitzrecht des Ehemannes am eingebrachten Gut der Frau. In Iherings Jahrbüchern Bd. 44. S. 207 ff.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. III. 1906.
Puchta, Das constitutum possessorium. In Weiskes Rechtslexikon Bd. 2 1840.
Pudor, Der Vorbehalt des Eigentums. Diss. 1903.
Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes. Diss. Bonn 1906.
Ramdohr, Grundriss des bürgerlichen Rechts. Bd. 2 1902.
Randa, Der Besitz nach österreichischem Recht. 1895.
Regelsberger, Ueber Besitzerwerb durch Mittelspersonen (Iher. Jahrb. Bd. 44. S. 393).
Reiss, Ueber mittelbaren Besitz. Diss. 1904.
Reuling, Kritik der Hauserschen Stellvertretung im Besitze. In Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 17. S. 320 f.
Reuss, Das constitutum possessorium im römischen Recht. Diss. Borna-Leipzig 1905.
v. Scheurl, Zur Lehre vom römischen Besitzrecht (Heft 2 der weiteren Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts 1886).
Schwenk, Der Rechtsschutz des mittelbaren Besitzes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. 1903.

v. Savigny, Das Recht des Besitzes. 6. u. 7. Aufl.
Selbmann, Der possessorische Schutz des mittelbaren Besitzes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. 1906.
Siebenhaar und Siegmann, Kommentar zu dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, Bd. I. Leipzig 1864.
Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht. Bd. 2. Der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen bürgerlichen Gesetz 1907.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1897.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. III. München 1907.
Stemann, Die Voraussetzungen des Besitzerwerbs im Subjekte des Besitzes. Diss. 1903.
Strauss, Der Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes. Diss. Rostock 1904.
Strohal, Zum Besitzrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. In Iherings Jahrbüchern Bd. 31. S. 17.
Strohal, Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Iher. Jahrb. Bd. 38.
Strohal, Referat in den Verhandlungen des 24. Juristentages Bd. 4. S. 129 ff.
Stern, Der Eigentumsvorbehalt bei Veräusserung beweglicher Sachen. Diss. 1907.
Thiesing, Ist der Veräusserer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer? (Arch. f. bürg. Recht Bd. 20. S. 240 ff.)
Thoma, Die Bedeutung des Besitzwillens im BGB. Diss. 1900.
v. Tuhr, Eigentumserwerb an Mobilien nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, verglichen mit dem Rechte des code civil. In der Zeitschrift f. französisches Zivilrecht Bd. 30, Heft 3.
Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht. Paderborn 1900.
Ullmann, Einige Streitfragen aus dem Gebiete des gesetzlichen ehelichen Güterrechts (Archiv für die ziv. Praxis Bd. 92 S. 288 ff.).
v. Waldkirch, Erwerb und Schutz des Eigentums an Mobilien nach S. O. R.
Wendt, Der mittelbare Besitz des BGB. (Arch. f. d. ziv. Praxis Bd. 87 S. 40 ff.).
Weidemann, Der mittelbare Besitz des BGB. Diss. Berlin 1902.
Wildt, Unter welchen Voraussetzungen wird die Inhabung im gemeinen Recht und im Bürgerlichen Gesetzbuch geschützt? Diss. 1898.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt 1900.
Windscheid, Pandekten Bd. 1. 1. Aufl. 1906 (Kipp).
Wolf, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Handkommentar 1908.
Wolff, Der Begriff des Besitzes nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. 1898.

§ 1.

Einleitung.

Der Begriff des constitutum possessorium, das in der Regel mit dem Besitze zugleich das Eigentum übertragen soll,[1]) unterscheidet sich im gemeinen Recht dem Wesen nach von dem des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Nach jenem wird durch die Uebergabe mittels c. p. der Erwerber zum alleinigen juristischen Besitzer, während der Tradent aufhört, im eigenen Namen zu besitzen; es besteht darin, dass „ein bisheriger juristischer Besitzer sich zum Detentor im Namen eines anderen degradiert, der nun juristischer Besitzer wird."[2]) Unser heutiges BGB. jedoch kennt im Gegensatz zum gemeinen Recht, das nur einen einheitlichen Besitz einer Sache duldet, verschiedene Abstufungen des Besitzes, den unmittelbaren und den mittelbaren Besitz. Dieser letztere entsteht auch in dem Fall des sog. constitutum possessorium (§ 930 BGB.); der bisherige unmittelbare Besitzer fängt an, die schon in seinem unmittelbaren Besitz befindliche Sache in einem Verhältnisse zu besitzen, wie es den §§ 930, 868 BGB. entspricht; oder er entsteht, wie Biermann[3]) definiert „ohne dass zuvor bei dem nunmehrigen mittelbaren Besitzer unmittelbarer Besitz vorhanden gewesen ist." Als ein besonderes Verdienst unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs darf es gelten, unter Vermeidung aller überflüssigen theoretischen Erwägungen der Schöpfer eines den Anforderungen des praktischen Lebens gerecht werdenden Besitzrechtes zu sein; es hat dies auf neue, einfachere Grundlagen gestellt, da es „Besitz" schlechtweg jedem zuerteilt, der nach gemeinem Recht selbständiger Inhaber war. Im Besitz des BGB. kann man allgemein „die von der Gesellschaft anerkannte und vom Gesetze im Interesse des Rechtsfriedens geschützte tatsächliche Herrschaft oder Gewalt der Person über die Sache" sehen.[4]) Weil jedoch „die Reform des Be-

---

[1]) Vgl. Dernburg, Pand. S. 421 und Dernburg, Sachenrecht, S. 61, 69.
[2]) Vgl. Windscheid-Kipp, S. 690.
[3]) Vgl. Sachenrecht, S. 37.
[4]) Vgl. Ihering Besitz, S. 41 ff.

sitzrechts vielleicht die kühnste Tat der neuen Kommission“ ist,[5]) und da die Grundlagen der ganzen Besitzeslehre des BGB. gänzlich andere geworden sind, wird es zum Verständnis des neuen Rechts erforderlich sein, auf das bisherige Recht zurückzugreifen. Insbesondere ist es für den Zweck unserer Arbeit unerlässlich, genauer auf die gemeinrechtliche Auffassung des sog. const. poss. und das Erfordernis einer causa detentionis bei seiner Anwendung einzugehen. Nur so können uns der unser heutiges constitutum possessorium regelnde § 930 BGB., welcher sich ja in der Hauptsache als ein Erzeugnis der weiter unten erwähnten Theorien erweist, und vor allem sein Erfordernis des besonders gearteten Rechtsverhältnisses als des Kerns dieser ganzen Bestimmung verständlich scheinen.

Auch im Systeme des BGB. kommt dem Constitut die prinzipielle Bedeutung der Herbeiführung nur eines Besitzüberganges bezw. Besitzerwerbes zu, wenn das Gesetz es auch nicht in der Lehre vom Besitz, sondern als Mittel der Uebertragung des Eigentums und dinglicher Rechte behandelt. Ein Rechtsverhältnis, wie es sich aus § 930 in Verbindung mit § 868 unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs — es wird später gezeigt werden, dass das „Rechtsverhältnis“ des § 930 BGB. identisch ist mit dem „Verhältnis“ des § 868 BGB. — durch die Worte „einem Verhältnis vermöge dessen . . . .“ ergibt, war schon im gemeinen Recht zwischen Personen wie Pfandgläubiger, Erbbauberechtigten, Erbpächter, Pächter, Mieter, Verwahrer, den heutigen unmittelbaren Besitzern, und den „anderen“, den heutigen mittelbaren Besitzern, vorhanden, an welche jene später den Besitz herauszugeben hatten. Nur erfordert unser heutiges BGB. in den § § 930, 868 ein konkretes, causales Rechtsverhältnis, ein Rechtsverhältnis mit einer causa detentionis, aus welcher erhellt, dass und warum dem unmittelbaren Besitzer ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht zukommt; das Rechtsverhältnis muss causal individualisiert sein, die Vereinbarung muss erkennen lassen, warum der Veräusserer Besitzmittler für den Erwerber wird. Anders im gemeinen Recht. Hier war die herrschende Meinung vertreten, dass ein abstraktes const. poss., nämlich ein solches, für das die ausdrückliche Erklärung des Veräusserers „constituo me tuo nomine possidere“ verlangt wurde, ausreiche. Worte sollten genügen, das Vorhandensein von Tatsachen war überflüssig! Savigny[6]) war es vorbehalten, bei der Lehre vom const. poss. willkürliche Einschränkungen und Erweiterungen

[5]) Vgl. Bekker, S. 23.

[6]) Savigny, das Recht des Besitzes, 6. Aufl. § 27.

zu vermeiden,[7]) die einfache Anschauung des Donellus[8]) (Commentarius de iure civili Bd. I. S. 995), der die Doppelstellung des Stellvertreters, nämlich des bisherigen Besitzers, richtig erkannte,[9]) zur allgemeinen Anerkennung zu bringen und in dem constitutum possessorium einen Besitzerwerb durch Stellvertreter festzustellen: alium possessorem ministerio meo facio. Bevor wir jedoch auf die Anhänger und Gegner der Stellvertretungstheorie eingehen, dürfte es wünschenswert erscheinen, eine kurze historische Uebersicht über die Entwicklung des const. poss. und einer causa detentionis bei seiner Anwendung zu geben.

Das const. poss. ist im römischen Recht diejenige Form der Besitzübertragung, welche zuletzt anerkannt wurde. Wo römisch-rechtlicher Besitz vorliegt, ohne dass die Apprehension da ist — die Schriftsteller bis auf Savigny[10]) fassten diese als Erfordernis zum Besitzerwerb rein wörtlich auf und verlangten Anfassen der beweglichen Sache, Betreten des Grundstücks u. s. w. — sprach man ursprünglich von einer „fingierten" Apprehension.[11]) Auch das c. p. wurde als apprehensio ficta oder ficticia zu den „traditiones fictae" gerechnet und zwar als „nobilissima species."[12]) Für den Ausfall des actus corporeus[13]) bei der Besitzergreifung musste doch aber Ersatz geschaffen werden, und als solcher wurde eine bestimmte Erklärung des bisherigen Besitzers gefordert. Illud, quod meo nomine possideo, constituo me possidere nomine alieno. Die

---

[7]) So wurde z. B., um einige Einschränkungen zu nennen, das c. p. streng auf die in den Quellen genannten Fälle beschränkt; ferner wollten einige Juristen wie Azo von einem const. poss. nur bei Eigentumstraditionen etwas wissen; Accursius (Gloss. ad. l. 18.), Zasius (l. c. n. 7.), Tiraquellus (l. c. limit. 45), verlangten eine „iusta causa traditionis", Faber, (Ant. Faber de error. pragmat. et interpret. iuris. Lugdun. 1609 b. III. dec. 75. err. 1,) Gegenwart der Sache bei Abschluss des c. p.. andere wenigstens Gegenwart beider Kontrahenten unter Verzicht auf die Gegenwart der Sache, cf. Vinnius comment. ad. inst. lib. II., tit. 1. § 43 p. 222.); vgl. Harburger S. 6.

[8]) „Alieno corpore nobis possessio acquiritur aut per eum, qui nobis possessionem tradit aut per alios, quorum prius possessio non fuit."

[9]) Commentarius de iure civili. Liber V. cap. 10.

[10]) Savigny, Besitz § 14. S. 206 ff.

[11]) Schon Placentinus spricht von einer apprehensio „ficta" oder „fictitia".

[12]) Leyser, medit. ad. Pand. spec. 445. medit. 4: „Inter traditiones fictas nobilissima species est const. poss."

[13]) Vgl. Harburger, S. 4.

Formel „constituo me possidere nomine allieno“ stellt sich als willkürliche Einschränkung mittelalterlicher Pandektisten dar.[14])

Den Quellen ist der Name const. poss. unbekannt. Er entstammt vielmehr der mittelalterlichen Jurisprudenz. Das Verbum constituo ist nach Biermann[15]) mit Rücksicht auf das in l. 17. § 1 D. h. t. 41, 2, unmittelbar vor l. 18. cit. stehende „possessio recedit, ut quisque constituit nolle possidere“ gewählt. Dem Namen „constitutum“ begegnen wir zuerst bei Zasius und Alciatus.[16]) Zur Unterscheidung von dem constitutum debiti hat dann, wie Harburger[17]) ausführt, Tiraquellus[18]) das Wort possessorium hinzugefügt.

Als dann allmählich der Besitzerwerb und der durch ihn vermittelte Rechtserwerb durch Stellvertreter anerkannt war — es würde zu weit führen, auf die Lehre von der Stellvertretung genauer einzugehen —, erklärte Celsus: Celsus libro 23 Digestorum l. 18. pr. D. 41. 2:

„Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorum ministerio meo facio, nec idem est possidere et alieno nomine possidere; nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.“

In diesem Ausspruch des Celsus ist die anerkannt bedeutsamste Unterlage für das const. poss. in den Quellen zu suchen. Nach jenen Worten erwirbt also derjenige, welcher den Besitz überträgt, als procurator dessen, auf den der Besitz übertragen wird, für diesen den Besitz.[19]) Wie aus l. cit. ersichtlich ist, enthält das const. poss. eine Tradition, bei der eben nur die Form abgekürzt ist, es hat eine Zusammenziehung von Tradition und Retradition stattgefunden. Der bisherige Besitzer wird mit „procurator“ bezeichnet, schon dies deutet auf den Besitzerwerb durch einen Stellvertreter, d. h. eben durch den bisherigen Besitzer, hin. Jedenfalls kann von einer „apprehensio ficta“ beim const. poss. keine Rede sein. Erst Savigny wies die Unrichtigkeit einer Unterscheidung zwischen wahrer und fingierter Apprehension nach, er erkannte in dem const. poss. eine wirkliche Tradition: „Durch blosses Wollen verwandelt sich der

---

[14]) Vgl. Dernburg, Pandekten Bd. I. § 181.; Hirzel, S. 5.

[15]) Biermann, traditio ficta S. 51.

[16]) Zasius, 1. c. p. 149; Alciatus, 1. c. p. 147. 1. n. 3.

[17]) Vgl. Harburger, S. 5.

[18]) Tiraquellus, de c. p. pars. I. n. 1: hoc nostrum constitutum ideo possessorium vocamus, quoniam aliud est constitutum nostris iuris consultis notius.

[19]) Vgl. Reuss, S. 12.

Besitz in Detention, und das Recht des Besitzes selbst wird unmittelbar auf eine andere Person übertragen.“[20]) Aehnlich äussert sich Hugo:[21]) „Zum Begriff der Tradition reicht hin, dass der, welcher bisher in seinem eigenen Namen besessen hatte, nun als für den anderen handelnd angesehen wird.“ Regelsberger[22]) sagt: „Der Besitz wird aber auch durch Tradition erworben, wenn auf Grund eines Uebereinkommens der bisherige juristische Besitzer die Sache fortan im Namen des anderen Vertragteils besitzt (sog. constitutum possessorium).“

Das Constitut kann man daher mit Recht als eine Art der Tradition bezeichnen. Dies ist auch die Ansicht der herrschenden Meinung.[23]) Es ist keine Fiction des römischen Besitzerwerbs und bildet keinen Verstoss gegen den Satz „traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.“ Denn, wie Geller[24]) ausführt, ging dieser Ausspruch nur auf das spezifisch-römische Eigentum des ius civile, auf das quiritische Eigentum an den desselben fähigen res mancipi. Jener Ausspruch nahm dann die Bedeutung eines „allgemeinen Canon“ an, als die Gesetzgebung Justinians den Unterschied von quiritischem und bonitarischem Eigentum verwischte. Dem formlosen Veräusserungsgeschäft wurde Rechtsschutz gewährleistet und „das aus dem älteren Recht herübergenommene Traditionsdogma schien seine Geltung mehr in der Theorie zu behaupten.“[25]) Die Möglichkeit einer Besitzübertragung solo animo war ja schon durch die in l. 18. D. aufgenommene Lehre des Celsus de aquirenda vel amittenda possessione anerkannt. (Wenn in der Stelle selbst auch von einem Erwerb „solo animo“ keine Rede ist, so bürgt doch der Zusammenhang für diese Vermutung). Jedoch wird man Kohler nicht zustimmen können, wenn seiner Ansicht nach das Traditionssystem durch das Vertragssystem

---

[20]) Vgl. Savigny, Recht des Besitzes § 27.

[21]) Hugo, S. 93.

[22]) Rechtslexikon, s. v. Tradition; vgl. auch Blatzheim, S. 10.

[23]) Als Quellenbelege für das const. poss. als eine Art der Tradition werden ferner die von der Uebertragung der possessio handelnden Stellen genannt:

1. l. 19. pr. D. 41. 2: Qui bona fide alienum fundum emit, eundem a domino conduxit: quaero utrum desinat possidere an non. respondi: in promptu est, ut possidere desierit.
2. l. 21, 3. D. 41, 2: Qui alienam rem precario rogavit si eandem a domino conduxit, possessio ad dominum revertitur.

[24]) Vgl. Geller, S. 4.

[25]) Vgl. Geller, S. 4.

verdrängt wurde.[26]) Vielmehr wird man mit Geller[27]) angesichts der zahlreichen schon in den Pandektentiteln de aquirendo rerum dominio und de aquirenda vel amittenda possessione zusammengefassten und ausserdem an vielen anderen Stellen zerstreuten Lehren über den Eigentumserwerb sagen müssen, „dass die Römer all ihren Scharfsinn aufwandten, um die im Verkehrsleben vorkommenden rein consensuellen Veräusserungen auf eine Tradition zurückzuführen."[28]) Gerade aus solchen Konstruktionen wird man freilich andererseits leicht feststehen, dass der römische Traditionsbegriff durch die Aufnahme mannigfaltiger Uebertragungsformen inhaltlich beinahe mit dem Traditionskonsens identisch geworden war. Dem Traditionsdogma konnte nur mehr eine doktrinäre, keine wirklich praktische Bedeutung zuerkannt werden. Mit Recht bemerkt Hirzel,[29]) dass man sich durch zuweilen auftretende Meinungen, man dürfe vom Erfordernis einer causa detentionis beim c. p. ganz und gar absehen, es genüge zur Besitz- und Eigentumsverschaffung die blosse Erklärung der Parteien die Uebergabe sei erfolgt, oder auch, sie solle als bewirkt gelten, in bedenklicher Weise der Vertragstheorie näherte. Aber auch in diesen äussersten Grenzfällen sei immer noch eine Differenz des c. p. von der Vertragstheorie vorhanden. Savigny[30]) sagt bei seiner Untersuchung des c. p. zuerst, nach Citierung der l. 18. pr. de possess: „Also durch blossen Vertrag, ohne alles körperliche Handeln auf die Sache selbst, ist der Erwerb des Besitzes möglich; während doch die l. 20. C. de pactis Tradition fordere." Dieser Umstand führte dann zu einer genauen Bestimmung des c. p. selbst.

Dass das const. poss auch einen Besitzerwerb und zwar einen solchen durch Stellvertreter enthält, ist bereits oben gesagt worden.[31]) Wie erwähnt, war es Savigny's Verdienst, das Constitut wieder auf diese Grundlage

---

[26]) Vgl. Felscher, S. 9.

[27]) Vgl. Geller, S. 5.

[28]) Vgl. Geller, S. 5, 9; vgl. auch Biermann traditio ficta S. 11 ff.

[29]) Vgl. Hirzel, S. 30, 31.

[30]) Savigny, Besitz. § 27.

[31]) Felscher, sieht bei dem erwähnten Ausspruch des Celsus l. 18. pr. D. 41, 2. de poss. in dem „ministerium" die fernere Ausübung der Detention: possum alieno nomine possidere. Detentionsweise Stellvertretung in der Fortsetzung des juristischen Besitzes sei es, was die Quellenstelle erörtere: procurator alienae possessioni praestat ministerium. „Ein stellvertretender Erwerb des juristischen Besitzes von sich selbst für den anderen" müsse in die Worte des Celsus erst „hineingelegt werden." (Vgl. Scheurl, S. 110).

gestellt und die Ansicht der Glossatoren — das in l. 18. 1. c. ausgesprochene Prinzip sei kein Fall des Besitzerwerbes durch Stellvertreter, vielmehr eine durch positive Gesetzesbestimmung eingeführte Singularität[32]) — widerlegt zu haben. Was Donellus zuerst erkannt hatte,[33]) brachte Savigny zur allgemeinen Anerkennung. Wie Harburger[34]) ausführt, ist beim const. pos., „auf Seite desjenigen, der corpore den Besitz und zwar als Stellvertreter ergreifen soll, die faktische Herrschaft schon vorhanden, da er ja bis zu diesem Moment selbst Besitzer war. Auch hier geht die „naturalis possessio, zwar nicht auf Seiten des Erwerbers selbst, wohl aber auf Seiten seines Vertreters, der eben das corpus zu leisten hat, voraus und dieses corpus ist ja als das des dominus zu betrachten.“[35]) Der Besitzübergang vollzieht sich „solo animo“,[36]) nur durch Willensäusserungen, ohne dass das Verhältnis des bisherigen Besitzers und jetzigen Detentors der Sache gegenüber in irgend einer Weise geändert wird; so sagen schon Neratius und Proculus l. 3. § 3. D. a. v. a. p. 41, 2: Solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio.

Diese Erfordernisse sind beim const. poss. vorhanden. Nach Savigny vollzieht sich der Besitzerwerb „ohne alles körperliche Handeln auf die Sache.“ — „Da die Apprehension schon früher vorgenommen ist, so braucht sie jetzt nicht wiederholt zu werden.“[37]) Tradition und Retradition sollen, dem Zweck des Konstituts entsprechend, erspart werden. Treffend sagt Windscheid[38]) „Es muss vorliegen, dass, wenn die Sache körperlich wäre übergeben worden, sie zurückgegeben worden sein würde. Dies Hin- und Hergehen kann erspart werden. Wer behalten soll, braucht nicht erst hinzugeben; aber er kann nicht das Hingeben durch Haben im Namen des anderen schlechthin ersetzen.“

---

[32]) Azo, Summa in Cot. tit. de poss. n. 7, 8. zum const. poss.: et hoc unum morabile mundi.

[33]) Commentarius de iure civili Bd. I. S. 995.

[34]) Vgl. Harburger, S. 20, 21.

[35]) Hauser, Stellvertreter im Besitz. S. 46., sagt: Stellvertreter im Besitz kann auch der bisherige Besitzer selbst werden. Sobald derselbe im Namen eines anderen besitzt, welcher den Besitz erklärtermassen haben will, macht er diesen zum Besitzer. Vgl. bayr. L. R. II. 5. § 7., II, 3. § 7. No. 6. Preuss. L. R. I. 7. § 71—73 Sächs. G. B. § 201. Cod. civ. art. 22, 28, 1606. Oesterr. Gesetzbl. § 319 u. § 428.

[36]) Savigny, Besitz, S. 318; vgl. Kierulff, S. 389.

[37]) Recht des Besitzes, § 27.

[38]) Vgl. auch Exner, Gutachten S. 7; Entsch. d. Reichsg. Bd. V. S. 182.

Zum Verständnis des Rechtsverhältnisses in § 930 unseres BGB. dürfte es noch beitragen, kurz auf die Erfordernisse einer causa detentionis bei der Konstitutsanwendung im gemeinen Recht einzugehen und die verschiedenen Theorien über seine Notwendigkeit zu streifen.

Dass das gemeinrechtliche c. p. Besitz der Sache auf Seiten des Veräusserers und eine Erklärung desselben, in Zukunft für den Erwerber besitzen zu wollen, verlangte, darf als unbestritten gelten. Das gerade Gegenteil aber besteht hinsichtlich der Frage, ob im römischen Recht zu diesen Erfordernissen noch das Vorhandensein einer causa detentionis hinzukommen muss, d. h. eines Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen die Detention der übergebenen Sache einstweilen noch beim Tradenten zurückbleibt.

Es wird kaum festzustellen sein, wer zuerst das Erfordernis einer causa detentionis beim c. p. verlangte. Nach Harburger[39]) hat schon Hubertus Giphanius in seinen lecturae Altorphinae (Francof. 1905) auf dies Erfordernis hingewiesen. Ob Harburger recht vermutet, mag dahingestellt sein. Jedenfalls fand Giphanius keinen Anklang. Erst Exner[40]) hatte mit seiner Behauptung Erfolg: „Ohne die causa detentionis sei die Erklärung, in fremdem Namen zu besitzen, eine leere Formel, und dann sei allen Erklärungen der Partei zum Trotz der Besitz- und Eigentumsübergang nicht vollzogen.“ Exner verlangte beim c. p. durchaus das Vorhandensein dieser causa detentionis.

Er adoptierte bei der Aufstellung seiner Causatheorie eine lateinische Formel: Die causa detentionis war ihm das Kriterium des wahren c. p.[41]) Die Lehre Exners stützte sich darauf, dass alle vom c. p. handelnden Quellenstellen ein solches Rechtsverhältnis zwischen dem Konstituenten und dem Konstitutar, das den Grund für das Zurückbleiben der Detention bei jenem darstellt, enthalten. Dem ist auch zuzustimmen.[42]) So behält in l. 77. D. dig. VI, 1. der Konstituent die Sache als Mieter zurück, in l. 28. Cod. VIII, 5. ferner geschieht dies als Niessbraucher. Wenn Biermann[43]) dies Rechtsverhältnis in dem für die Konstitutslehre so bedeutsamen Ausspruch l. 18. pr. Dig. 41,2 verneint, so ist ihm zu entgegnen, dass „diese lex eine absichtlich abstrakt gehaltene, allgemein theoretische rechtliche Konstruktion des Herganges enthält, von der die einzelnen in den Quellen genannten Beispiele die Anwendungsfälle

[39]) Vgl. a. a. O. S. 64.
[40]) Rechtserwerb durch Tradition S. 143 ff.
[41]) Vgl. Hirzel, S. 82.
[42]) Ebenso Reuss, S. 27.
[43]) Vgl. Diss. S 48.

bilden."[44]) In seinem Gutachten führte Exner aus:[45]) „Auch der herrschenden Lehre gilt bei jedem Besitzerwerb durch Stellvertreter als erstes Erfordernis, dass der Apprehendierende eben als Stellvertreter handelt; dies aber, die Realität des Vertretungsverhältnisses, beruht ja auf der causa in unserem Sinne, d. h. auf jener Beziehung zwischen den betreffenden Personen, welche die eine dazu veranlasst, sich zum Erwerbswerkzeug der andern zu machen." Exner verlangte ein „Zurückgehen auf die begleitenden Verhältnisse, welche allein aufklären könnten, ob der angebliche Konstituent wirklich für den anderen detinierte, indem sie aufklärten, warum er es tat." Eine „bestimmte causa" müsse vorliegen, „auf Grund deren die Detention der tradierten Sache vorerst noch beim Geber (z. B. als Mieter, Depositar, Usuar, Pfandgläubiger, Prekaristen u. s. w.) zurückbleibe." Diese causa ist die Exnersche causa detentionis. An einer anderen Stelle sagt er:[46]) „Wer Eigentumserwerb durch const. poss. behauptet, muss eine derartige causa der Detention des Gebers beweisen. In der Anerkennung und strikten Durchführung dieses Satzes liegt die einzige Gewähr dafür, dass die Rechtsregel „traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur" durch die Praxis nicht in ihr Gegenteil verkehrt werde." Die Folge seiner Lehre über dies Erfordernis, die in dem abstrakten Konstitut den Hauptmangel der Besitzübertragung durch Erklärung erblickt, war der Streit zwischen den sog. Traditionisten und den sog. Paktisten. Jene sahen in dem c. p. eine Umgehung der Vorschrift „traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur" und glaubten deshalb um so schärfer auf das Erfordernis der causa detentionis Gewicht legen zu müssen. Die Paktisten hielten letztere für überflüssig. Ihnen war das c. p. ein geeignetes Mittel für eine Eigentumsübertragung, wie sie das französische Recht gestattete.[47])

Es ist hier nicht der Platz, auf die reiche Verschiedenheit der mannigfach von einander abweichenden Theorieen über das Erfordernis einer causa detentionis genauer einzugehen. Es mögen nur kurz zunächst die bedeutendsten Gegner und dann die Anhänger der Causatheorie Erwähnung finden.

Wie oben ausgeführt wurde, hat Savigny in seiner Lehre vom c. p. die „Fiktionstheorie" durch die „Stellvertretungstheorie" ersetzt. Diese gelangte zu allgemeiner Anerkennung und verwischte einen Gegensatz, der vor ihr bestanden hatte, den

---

[44]) Vgl. Felscher, S. 28.
[45]) Vgl. Tadition, S. 144, 143; Gutachten S. 8.
[46]) Vgl. Tradition S. 144.
[47]) Vgl. Verhdl. d. 15. Deutschen Jur. Bd. II. S. 84 ff.

Gegensatz zwischen constitutum tacitum und expressum.[48]) Für beide galt der Satz, dass der übereinstimmende Wille über die Besitzabtretung ausdrücklich ausgesprochen oder auch stillschweigend erklärt werden kann. Es galten hierfür, wie Hauser[49]) ausführt, dieselben Grundsätze als für Willenserklärungen überhaupt. Savigny sagt:[50]) „Ist eine ausdrückliche Erklärung vorhanden, dass der bisherige Besitzer nur noch fremden Besitz verwalten wolle, so hat die Sache keinen Zweifel. . . . Ausserdem ist ein Konstitutum nicht anzunehmen, ausser insofern es als Folge anderer Handlungen betrachtet werden muss.“ Ging nun aus dem letzteren die causa detentionis erkennbar hervor, so hatte man es mit einem konkreten Konstitut zu tun; andernfalls konnte nur von einem abstrakten die Rede sein. Ferner konnte auch die ausdrückliche Willenserklärung des Konstituenten beim constitutum expressum abstrakte Form haben, andererseits eine konkrete causa detentionis wie z. B. Pacht oder Miete enthalten. Jedenfalls verlangte Exner für das moderne gemeine Recht durch Aufstellung des Erfordernisses einer causa detentionis nicht das „ausdrückliche“ im Gegensatz zum „stillschweigenden“ Konstitut, es kam ihm vor allem auf das konkrete Konstitut an, welches, wie gezeigt, nicht notwendig ein ausdrückliches zu sein brauchte.[51]) Wie erwähnt, schwand der Gegensatz zwischen constitutum tacitum und expressum, als Savigny mit seiner Stellvertretungstheorie hervortrat. Er schloss sich doch wohl der gemeinrechtlichen Theorie von dem c. p. expressum und tacitum an.[52]) Denn auch nach ihm kann durch eine ausdrückliche Erklärung des Tradenten, nur noch Repräsentant fremden Besitzes sein zu wollen, ohne weitere Rücksicht auf eine bestimmte causa repräsentationis — diese bedeutet vom Standpunkt der Stellvertretungstheorie aus „das persönliche Verhältnis zwischen Erwerber und Vertreter“,[53]) „es spricht sich in ihr der animus domini des ersteren aus, kurz ein Auftrag zum Besitzerwerbe“,[54]) „damit der Apprehendierende eben als Stellvertreter handele“[55]) — der Besitz über-

---

[48]) Vgl. die Quellenstellen 1. 77. D. 6, 1. und 1. 28, 1. 35. § 5 C. 8, 54; Frommann de ficta seu quasitraditione. Tubingae 1662. p. 49; Classenius, disput. de const. poss. 1677 § § 13, 14.

[49]) Vgl. Hauser, S. 46.

[50]) Vgl. Besitz § 27. S. 320.

[51]) Vgl. Felscher, S. 17.

[52]) Vgl. Harburger, S. 59.

[53]) Vgl. Felscher, S. 15.

[54]) Vgl. Harburger, S. 42.

[55]) Vgl. Exner, Gutachten S. 8.

gehen. Aehnlich wie Savigny und Puchta[56]) wollten auch andere Anhänger der Stellvertretungstheorie wie Hauser, Kroschel, Goldschmidt, Thöl, Dernburg, Biermann, Bähr von einem Causaerfordernis beim c. p. nichts wissen. Wie Hauser[57]) meinte, konnte der übereinstimmende Wille über die Besitzabtretung und in weiterer Folge über die Eigentumsabtretung zum c. p. m Zweifel als vollkommen hinreichend erachtet werden. Bähr einer der eifrigsten Gegner der Causatheorie sieht in der Causa etwas Selbstverständliches. So sagt er:[58]) „Natürlich muss dem Verbleiben des Besitzes bei dem Veräusserer ein besonderes Rechtsverhältnis zugrunde liegen. Aber der Bestand eines solchen ist, wenn trotz des Eigentumsübergangs das einstweilige Verbleiben der Sache bei dem Veräusserer vereinbart wird, eine psychologische Notwendigkeit. Was für ein Rechtsverhältnis es ist, ist ganz gleichgültig.

Randa glaubte,[59]) dass „der Richter, welcher die Ernstlichkeit des zum const. poss. notwendigen Willens zu prüfen hat, notwendig nach der causa detentionis des Stellvertreters, d. h. nach dem bezüglichen (wirklichen oder putativen) Rechtsverhältnisse zwischen Vertreter und Vertretenem fragen müsse". Randa nimmt eine vermittelnde Stellung zwischen Anhängern und Gegnern der Causatheorie ein. Eine bloss gedachte causa scheint ihm nicht zu genügen,[60]) wenngleich er sie auch für kein wesentliches Erfordernis hält. Randa nähert sich schon sehr der Auffassung Exners.

So kommen wir zu den Anhängern der Causatheorie. Der bedeutendste von ihnen ist Exner, der als erster mit dieser Theorie in seinem 1867 erschienenen Buche über die Tradition hervortrat und sie dann später in seiner Kritik der Hauserschen Monographie,[61]) ferner in seinem Gutachten anlässlich des XV. Deutschen Juristentages[62]) von neuem begründete. „Man verlangt", so führt Exner in seinem Buche über die Tradition[63]) aus, „für das constitutum im besten Fall nie mehr, als die ausdrückliche Erklärung des Gebers, dass er Besitz und Eigentum sofort auf den Nehmer wolle übertragen wissen;[64]) erst wo eine solche Erklärung fehlt, sieht man sich

---

[56]) Puchta, Das const. poss. In Weiskes Rechtslex. Bd. II. 1840.
[57]) A. a. O. § 7 Note II. S. 46.
[58]) Krit. Viert. Jahrsschr. XXX. S. 493.
[59]) A. a. O. S. 467, 411 ff; vgl. auch Harburger a. a. O. S. 67 ff.
[60]) Vgl. Harburger, S. 68.
[61]) Krit. Viert. Jahrsschr. Bd. 13. S. 11.
[62]) Verhdlg. I. S. 3—12.
[63]) A. a. O. S. 143.
[64]) z. B. Savigny, S. 320.

nach etwaigen konkludenten Tatsachen um. Allein, kann diese Erklärung stets genügen, auch dann, wenn sie leere Formel ist? Und kann nicht der herrschenden Meinung zufolge jeder dingliche Vertrag durch Beifügung einer derartigen Erklärung in der Tat ohne Besitzakt perfekt werden? Will man dies nicht, so darf man sich mit jener Erklärung nicht begnügen, sondern muss weiter fragen, wieso bleibt die Detention noch in der Hand des Gebers, nachdem der Besitz von ihm angeblich aufgegeben wurde? „Nach Exner müsste man in jedem einzelnen Falle der causa auf den Grund gehen, welche das angebliche Verbleiben der Detention trotz Uebergangs des Besitzes und Eigentums aufklärt. In diesem Satze sah und sieht[65]) Exner „den festen Halt in zweifelhaften Konstitutsfällen und die einzige Möglichkeit, das c. p. allgemein zuzulassen, ohne die Tradition preiszugeben. Der Nachweis der Erklärung, man wolle Besitz und Eigentum auf den Nehmer übertragen, ist, wie nicht genügend, so nicht erforderlich, da die causa aus anderweitigen Umständen und Tatsachen erwiesen werden kann." Diese Lehre Exners hat sich viele Anhänger erworben, von denen hier Windscheid, Kniep, Meischeider, Eck, Reuling, Behrend, Pininski, Kohler und Ihering erwähnt seien. Nach Reuling[66]) ist die causa detentionis für das c. p. ebenso bestimmend, wie überhaupt für das Verhältnis zwischen juristischem Besitzer und Detentor. Er fordert zur Gültigkeit des c. p. sogar eine rechtswirksame causa detensionis. Nur da, wo mit der causa traditionis eine spezielle causa detentionis nomine alieno zusammentreffe, könne der andernfalls erforderliche Traditionsakt unterbleiben. Ein Wegfall des letzteren fände seine Berechtigung lediglich in dem zwischen dem bisherigen und dem neuen Besitzer bestehenden Rechtsverhältnis.

Windscheid[67]) spricht vom c. p. beim Besitzerwerb durch Stellvertreter und sagt, der Wille, die Sache für einen anderen zu haben, braucht nicht sogleich von Anfang an vorhanden zu sein. Auch späterhin könne er gefasst werden, nachdem der Inhaber bis dahin für sich oder einen Dritten hat besitzen wollen. Jedoch, fährt er fort, „erwirbt in diesem Falle der andere den Besitz nur dann, wenn ein Rechtsgrund vorhanden ist, welcher den Inhaber zum einstweiligen Behalten der Detention befugt." Ausser der causa detentionis will-Windscheid bei der Eigentumsübertragung durch c. p. noch ferner verlangen, dass die Sache auch sofort hätte körperlich über-

---

[65]) Vgl. Hirzel, S. 44.

[66]) Goldschmidts Zeitschr. f. H. R. Bd. 17. S. 327.

[67]) Pand. IV. Aufl. Bd. I. § 155 Note. 8 u. 8a.

tragen werden können, da nur das Hin- und Hergeben erspart werden sollte.[68])

Meischeider[69]) argumentiert: „Der Besitzübergang tritt überall ein, wo er die notwendige Folge der Konstituierung des neuen Rechtsverhältnisses ist. Einer ausdrücklichen, auf Uebertragung des Besitzes gerichteten Abrede, bedarf es nicht. Die Konstituierung des beabsichtigten Rechtsverhältnisses bewirkt den Besitzübergang.

Ist also nicht ersichtlich, dass ein bestimmtes Rechtsgeschäft und welches, aus dem der Uebergang des Besitzes notwendig folgt, von den Interessenten intentiert worden ist, so kann von einem constitutum nicht die Rede sein."

Behrend[70]) geht besonders weit in der Beschränkung der Besitzübertragung durch c. p. Er will die Exnersche causa noch enger ausgelegt wissen und, den Quellen entsprechend, nur Miete, ususfructus, retentio und precarium als causa zulassen. Dem Veräusserer müsse zugleich an der veräusserten Sache nicht nur Detention, sondern auch der Gebrauch zustehen. Es wären demnach Depositum oder Mandat nicht als causae zuzulassen, weil bei ihnen die causa keine „Gebrauchscausa" sei.

Ihering[71]) endlich ist „einzig der Gesichtspunkt der Praktikabilität massgebend, der ihm höher steht, als logische Korrektheit."[72]) Er verlangt beim c. p. eine mindestens objektive causa detentionis zur unerlässlichen Voraussetzung; sie sei das Primäre und ziehe erst den Besitzwechsel nach sich.[73])

Wenn diese so mannigfachen Theorien der Anhänger Exners in einzelnen Punkten auch voneinander abweichen, im wesentlichen stimmen sie alle darin überein, dass der Widerspruch, der in dem Verbleiben der Sache beim Tradenten gegenüber der Erklärung der Besitzeinräumung besteht, durch Klarlegung des von den Beteiligten angenommenen rechtlichen Grundes des Behaltens beseitigt werden soll, damit der Räumungserklärung Wirkung beigelegt werden könne.[74]) Auch das Reichsgericht hat sich für die Exnersche Lehre erklärt. In der hier inter-

---

[68]) Windscheid, Pand. (I. Aufl.) § 155. Anm. 8c S. 685.; vgl. auch Reuss, S. 30.

[69]) A. a. O. S. 290.

[70]) A. a. O. S. 82 ff.

[71]) Der Besitzwille S. 223 ff.

[72]) Vgl. Hirzel, S. 59.

[73]) Vgl. auch Felscher, S. 46.

[74]) Vgl. Mot. III. S. 98; Hirzel, S. 56.

essierenden Entscheidung heisst es,[75]) „ein Rechtsverhältnis müsse geschaffen werden, vermöge dessen das Innehaben als Ausdruck einer rechtlichen Befugnis erscheint. " Ebenso adoptierte der 15. Deutsche Juristentag die Exnersche Ansicht:[76]) „Es erscheint als gebotene Konsequenz einer Aufrechterhaltung des Erfordernisses der Uebergabe für den Eigentumsübergang bei Mobiliarveräusserungen, das c. p. nur unter der Voraussetzung als Uebergabe wirken zu lassen, dass neben der Veräusserung ein besonderes Rechtsverhältnis begründet ist, welches den Veräusserer zur Wiederübernahme der Gewahrsam an der veräusserten Sache berechtigt oder verpflichtet."

Unserem Gesetzbuch war durch die Exnersche causa detentionis bereits vorgearbeitet worden, es brauchte den ihm vorgezeichneten Weg nur zu betreten und auszubauen.

§ 2.

Das const. poss. hat das BGB. nicht in der Lehre vom Besitz, sondern als Mittel der Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen im § 930[1]) behandelt und als Ersatz der Uebergabe aufrechterhalten. Es liegen hier stets zwei Verträge vor, zunächst in der Regel ein Veräusserungsgeschäft, ferner die Vereinbarung eines Niessbrauchs einer Miete, Verwahrung oder irgend eines anderen dem § 868 entsprechenden Rechtsverhältnisses, „dessen Ausführung die Zurückhaltung des Besitzes rechtfertigt."[2]) Der § 868 sagt uns also in authentischer Weise, welche Rechtsverhältnisse dem Besitzkonstitut als Basis dienen können. Das Hin- und Hergeben der Sache, welche bei körperlicher Uebergabe hätte stattfinden müssen, wird erspart.[3]) Das durch Konstitut erworbene Eigentum steht anderem Eigentum völlig gleich.[4]) Als Erfordernisse setzt der § 930 voraus:

1. Einigung beider Teile über die Eigentumsübertragung,
2. Besitz des veräussernden Eigentümers (für den Fall des Nichteigentums des Konstituenten s. § 933),

---

[75]) Entsch. i. Zivilsachen V. S. 181. Vgl. ferner die Entsch. Seufferts Arch. Bd. 39. No. 291; RG. Bd. 24. S. 311.

[76]) Verhdlg. II. S. 130.

[1]) § 1032 (Erwerb des Niessbrauchs) verweist auf § 930.

[2]) Vgl. Dernburg, § 18 S. 63; Kober, zu § 930, 2; Przibilla S. 40.

[3]) Vgl. Windscheid-Kipp § 155, 8c, § 172, 22a; Goldschmidt, Grundlagen der Besitzlehre S. 218; vgl. ferner R. G. E. Bd. 24. S. 310; Bd. 35; S. 251. u. Bd. 54 S. 396.

[4]) Vgl. Biermann, Sachenrecht 1898. S. 73.

3. Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses zwischen Veräusserer und Erwerber, vermöge dessen letzterer den mittelbaren Besitz erlangt.[5])

Uns interessiert hier nur, was man unter dem „Rechtsverhältnis“ zu verstehen haben wird. Dieses muss geeignet sein, dem Erwerber mittelbaren Besitz zu verschaffen, während der Veräusserer, der die Sache dem Erwerber übereignet, sie aber als Mieter, Verwahrer etc. zurückbehält, den unmittelbaren Besitz, welchen er schon bisher hatte, auch weiterhin, jedoch als „Fremdbesitzer“,[6]) nicht mehr als Eigen-,[7]) nicht mehr als Alleinbesitzer[8]) behält. Er ist als der Besitzer im Sinne des § 854 anzusehen, da er die tatsächliche Gewalt über die Sache hat und nicht der Beschränkung des § 855 unterworfen ist. Das Rechtsverhältnis des § 930 soll die Uebergabe bei einer Veräusserung durch c. p. ersetzen, also eine „vertragsmässige Veräusserung der Besitzübergabe gleichstellen“.[9]) Durch dies klar ausgesprochene Erfordernis einer causa detentionis im § 930 hat das BGB. die gemeinrechtlichen Streitpunkte in der Hauptsache aus der Welt geschaffen. Ein genau bestimmtes, konkretes Rechtsverhältnis, mag es nun unter das Recht der Schuldverhältnisse, das Sachen-, Familien- oder Erbrecht fallen, ist die unerlässliche Voraussetzung für das heutige c. p. Denn der Realbesitz ist die äussere Erscheinungsform des Eigentums. Der Eigentumsübergang findet deshalb seinen realen Ausdruck in der Besitzübergabe. Geschieht letzteres nicht, sondern sich vielmehr Realbesitz und Eigentum, so muss ein triftiger Grund vorliegen, warum denn trotz der Aufgabe des juristischen Besitzes die Sache noch in der Hand des Veräusserers zurückbleibe, und dieser Grund ist eine bestimmte, wenn auch, wie später noch auszuführen sein wird, in concreto eine vielleicht ungültige causa.[10]) Wenn also der Konstituent erklärt, in Zukunft wolle er nur noch für den Erwerber besitzen, so ist diese Erklärung nicht zur Verschaffung mittelbaren Besitzes geeignet; das Konstitut kann grundsätzlich nicht mehr abstrakt geschlossen werden. Unserem heutigen Besitzrecht ist eine „abstrakte Besitzerstellung für andere, gegründet auf den internen Willen“ unbekannt,[11]) ein „individualisiertes Konsti-

[5]) Vgl. Biermann, a. a. O.

[6]) Vgl. Lehmann (Enneccerus-L.) Bd. 2. S. 12: Fremdbesitzer.

[7]) Vgl. Eck-Leonhard, S. 114; vgl. freilich Matthiass, § 2. S. 8: Es gibt unmittelbare Besitzer, die Eigenbesitzer sind. (§ 1052).

[8]) Vgl. Dernburg. Sachenrecht S. 70.

[9]) Vgl. Sokolowski, S. 312; Felscher, S. 50.

[10]) Vgl. Blatzheim, S. 70.

[11]) Vgl. Felscher, S. 51; Crome, S. 49, Anm. 45.

tut mit einem ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarten, bestimmten Rechtsverhältnis muss vorliegen. Nur dieses kann den Widerspruch aufklären, der zwischen Veräusserung und Belassung des Besitzes beim Konstituenten zu bestehen scheint.[12]) Ein „abstraktes const. poss., also etwa die zwischen dem bisherigen Besitzer und einem anderen getroffene und sich darauf beschränkende Verabredung, dass der andere mittelbarer Besitzer werden solle, wird als unwirksam behandelt werden müssen;“[13]) ein „abstraktes c. p. kommt in der Wirklichkeit überhaupt nicht vor“, heisst es mit Recht in den Protokollen der zweiten Lesung: Denn wo es beredet wird, soll nur der Schein einer Besitzübertragung erzeugt werden.[14]) Aehnlich will das Reichsgericht[15]) von einem abstrakten const. poss. als einem ähnlichen Verhältnis, wie es § 868 erfordert, nichts wissen. Hierfür ist vielmehr erforderlich, „dass durch ein konkret bestimmtes, obligatorisches oder infolge von Bestellung eines dinglichen Rechtes an der Sache entstandenes, dingliches Rechtsverhältnis ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des sein Recht zum Besitze von dem anderen ableitenden unmittelbaren Besitzers begründet sei.“ Ein sog. ausdrückliches Konstitut (die Erklärung, im Namen des Erwerbers besitzen zu wollen), sagt Biermann,[16]) genügt nicht; es hat auch nicht die Wirkung, dass wenigstens der Besitz übergeht: „mittelbarer Besitz des Erwerbers entsteht hier deswegen nicht, weil es an einem Verhältnis der in § 868 gekennzeichneten Art fehlt, unmittelbarer nicht, weil der Erwerber nicht in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben (§ 854).“ Das konkrete Rechtsverhältnis des § 930 muss als der Grund für die Erhaltung des Besitzes beim unmittelbaren Besitzer trotz körperlicher Uebertragung angesehen werden,[17]) sonst müsste zunächst als Eigentümlichkeit des mittelbaren Be-

---

[12]) Vgl. Endemann, S. 208. Anm. 37; Planck, zu § 39 unter 3; Kretzschmar, § 868, 2c; Kober, § 930, 1b; Wolf, § 868; Bendix, S. 571; Ramdohr, S. 59; Neumann, Handausgabe z. BGB. zu § 930. 2.

[13]) Vgl. Strohal, S. 91 ff.; Strauss, S. 57; Bartels, S. 657 ff.; Bekker, S. 52 ff; Biermann, § 930 No. 1b; Cosack, S. 124a.; Endemann, S. 146 ff; Planck, § 930 No. 3; Fischer-Henle § 868 No. 2; Staudinger, § 854 No. 4; § 930 No. 1b.

[14]) Vgl. Enneccerus-Lehmann, Bd. 2. 1898. S. 81.

[15]) R. G. E. Bd. 49. S. 173, Bd. 54, S. 396 ff; DJZ. 1902 S. 101, J. Wschrift. 1902 S. 10; Soergel, § 930 No. 1 u. 2; Recht VI. S. 587.

[16]) Vgl. Sachenrecht, S. 138.

[17]) Vgl. Endemann, Bd. II. 1898 S. 126; vgl. auch Matthiass, § 2. S. 7.

sitzes die formale Tatsache erscheinen, dass ein Besitz ohne tatsächliche Gewalt vom Gesetz anerkannt werde.[18])

In der Charakterisierung des Besitzmittlungsverhältnisses erschöpft sich der Begriff des mittelbaren Besitzes.[19]) Es ist also für sein Wesen von grösster Bedeutung. Es handelt sich im BGB. stets um einen „Doppelbesitz" an derselben Sache, da das Gesetz Besitz neben Besitz stellt. Mit Recht wird von Bartels[20]) der § 868 als Angelpunkt der ganzen neuen Besitzlehre bezeichnet. Die Schaffung des mittelbaren Besitzes war, wie Gierke[21]) und Strohal[22]) überzeugend ausführen, eine notgedrungene Folge der Aufstellung des neuen Besitzbegriffes (vgl. oben). „Die Notwendigkeit der vom Gesetz ausgesprochenen Anerkennung des mittelbaren Besitzes", sagt Strohal, „tritt am schärfsten hervor, wenn man sich insbesondere das c. p. vor Augen hält."[23]) Sowohl der unmittelbare, als auch der mittelbare Besitz sind ein „wirkliches Besitzverhältnis".[24]) Dies folgt schon aus dem Wortlaut des § 868, der den mittelbaren Besitzer ja „auch"[25]) als „Besitz" bezeichnet und ihm somit die volle Rechtsstellung eines (unmittelbaren) Besitzers zugebilligt wissen will.[26]) Ausserdem bürgt für diese Auffassung, dass der mittelbare Besitz keine Fiktion, sondern wahrer Besitz ist,

---

[18]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 124.

[19]) Vgl. Strauss, S. 32.

[20]) Vgl. a. a. O. S. 646.

[21]) Gutachten, S. 30.

[22]) Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 17 ff, Juristentag, Bd 4 S. 131; 24. Deutsch. Juristentag.

[23]) Vgl. Strohal, a. a. O.; Selbmann, S. 1.

[24]) Vgl. Prot. Bd. III. S. 330; Stemann, S. 24; Wendt, S. 48, will in dem unmitelbaren Besitz keinen wahren Besitz sehen. Dieser Auffassung widerspricht jedoch das Gesetz (§ 868): vgl. gegen Wendt insbesondere: Strohal, S. 16 ff.; Matthiass, S. 7, 8; Gierke, S. 7. Anm. 15, Dernburg, S. 47, Cosack, S. 63; Endemann, S. 124; Kniep, S. 7 ff. Biermann, Anm. 3 zu § 868; Fischer-Henle Anm. 4 zu § 868; Planck, Anm. 5 zu § 868; Weidemann, S. 20 ff.

[25]) Gierke (Gutachten) und Bekker (Besitz beweglicher Sachen) bezeichnen deshalb den mittelbaren Besitzer als „Auchbesitzer". Endemann (Bd. 2. 1900 § 32 Anm. 2 S. 125) hält die Bezeichnung als „Nochbesitzer" für zutreffender: Der Eigentümer der vermieteten Wohnung ist nur insoweit ein „Nochbesitzer", geniesst nur insoweit noch die Rechte eines Besitzers, als es sich mit dem Rechte des unmittelbaren Besitzers, des Mieters, verträgt (vgl. Schwenk, S. 38).

[26]) Vgl. Dernburg, Sachenrecht, S. 49; Gierke, S. 7; Stemann, S. 24; Fischer-Henle, Anm. 1. zu § 868; Cosack, S. 63; Planck, S. 58, Kober, S. 24.

die Entstehungsgeschichte des § 868. Die Redaktionskommission[27]) hielt es für zweckmässiger, das Gesetzbuch so zu redigieren, dass grundsätzlich unter dem Besitzer auch der mittelbare Besitzer verstanden werde. Die Kommission trat dieser Auffassung bei und billigte demgemäss die nunmehrige Fassung des Nachsatzes im § 868: „so ist auch der andere Besitzer".[28]) Dieses „auch" will den mittelbaren dem unmittelbaren Besitzer als gleichberechtigt zur Seite stellen; „keine Andeutung weist daraufhin, dass hier ein blosses Analogiegebilde, ein von Hause aus unebenbürtiger Nebenspross, ein Besitz minderer Art vorliege."[29]) Der mittelbare Besitz ist wahrer Besitz, aber selbstverständlich besonders geartet. Der unmittelbare Besitz ist das Normale, die Regel, der mittelbare die Ausnahme, das Schattenbild des anderen.[30]) Man darf deshalb nicht den mittelbaren Besitz auf Kosten des anderen zu sehr heben wollen und in diesem Bestreben, wie Weidemann[31]) es tut, zu weit gehen. Er sagt, nach richtiger Konstruktion trete der bisherige Besitzer seine Sachherrschaft vollständig ab, erkenne in dem nunmehrigen mittelbaren Besitzer den Oberbesitzer an und behalte unter diesem nur den unmittelbaren Unterbesitz. Mit Recht erwidert hierauf Ernst,[32]) jene Worte erweckten ja fast den Anschein, als sei der unmittelbare Besitz das Minderwertige, als sei er gar keine Sachherrschaft mehr! Andererseits verlangen Meisner, Leonhardt und Gierke[33]) zu viel, wenn sie mittelbaren Besitz nur als vorhanden annehmen wollen, falls die (mittelbare) tatsächliche Gewalt fortdauernd existiert und durch sie die Verfügung über die Sache ermöglicht wird. Mit Recht bemerkt Planck,[34]) dass nur der unmittelbare Besitzer die tatsächliche Gewalt haben kann. Diese sei die von der Verkehrsanschauung anerkannte Herrschaft über die Sache, und es erscheine nicht angängig, auch dem mittelbaren Besitzer eine tatsächliche Gewalt oder eine tatsächliche Sachherrschaft zuzuschreiben. Vielmehr ist der mittelbare Bestiz, wie der un-

---

[27]) Vgl. Planck, Sachenrecht 1904 § 868, 1.

[28]) Zusammenstellungen über die Bedeutung des mittelbaren Besitzes im BGB. geben Strohal in Ih. Jahrb. Bd. 38. S. 40 ff. Gierke, In „Ueber die Bedeutung des Fahrnisbesitzes" S. 41 ff; ferner derselbe in seinem Gutachten für den 24. Deutsch. Juristentag Bd. III. S. 36.

[29]) Gierke, Verhdlg. S. 36.

[30]) Vgl. Ernst, S. 62.

[31]) Vgl. a. a. O. S. 64.

[32]) Vgl. S. 40.

[33]) Vgl. Meisner, § 868 Anm. 3; Leonhard, S. 70; Gierke, Fahrnisbesitz S. 7, 9, 15; Gutachten S. 32.

[34]) Vgl. § 868 Anm. 5 a. a. O.

mittelbare, eine tatsächliche Beziehung der Person zur Sache, aber nicht eine Beziehung, die der Person die Herrschaft über die Sache gewährt, sondern eine Beziehung, die durch die Gewalt des unmittelbaren Besitzers in Verbindung mit dessen Verhältnisse zum mittelbaren Besitzer hergestellt wird.[35])

In dem Besitzmittlungsverhältnis des § 868 BGB. erschöpft sich also der Begriff des „mittelbaren Besitzes". Diesen zu verschaffen ist Aufgabe des „Rechtsverhältnisses" im § 930 BGB. Schon durch diese Erwägung scheint die Identität der beiden Begriffe, „Verhältnis" in § 868 und „Rechtsverhältnis" im § 930 gegeben zu sein. Denn wenn der § 868 auch nicht von einem Rechtsverhältnis spricht, ist es doch sachlich dasselbe, wenn ein Verhältnis gefordert wird, vermöge dessen der Besitzer einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist.[36]) Positiv bestimmt das BGB., dass der Besitzmittler als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis besitzen soll.[37]) Es ist demnach der Bestand eines Rechtsverhältnisses zwischen mittelbaren und unmittelbaren Besitzern[38]) Voraussetzung. Das Rechtsverhältnis des § 930 ist mithin ohne Zweifel dasselbe, welches § 868 für jeden mittelbaren Besitz voraussetzt. Daran ändert die rein äussere Tatsache nichts, dass das Gesetz hier nur von einem ähnlichen „Verhältnis", vermöge dessen usw. spricht. Dadurch, dass das „Verhältnis" des § 868 ähnlich dem des Pächters zum Verpächter, des Mieters zum Vermieter usw. sein muss, Personen also, zwischen denen sämtlich ein Rechtsverhältnis besteht, hat das Gesetz selbst gezeigt, dass es unter dem „Verhältnis" ein „Rechtsverhältnis" verstanden wissen will. Diesen Gedanken hat es dann in § 930 ausdrücklich ausgesprochen.

Es liegt somit kein Grund vor, den durch das Besitzkonstitut erworbenen mittelbaren Besitz anders aufzufassen, als den des § 868; er ist wahrer Besitz und beruht nicht auf einer Fiktion.[39]) Das im § 868 vorausgesetzte Verhältnis braucht ferner,[40]) wie Planck ausführt, nicht ein rechtsgültiges

---

[35]) Vgl. Planck, 1902. § 868 Anm. 5.; Ernst, S. 59.

[36]) Vgl. Biermann, Sachenrecht 1898 § 868.

[37]) Vgl. Reiss, S. 2.

[38]) Vgl. Bartels a. a. O. S. 659; Endemann a. a. O. S. 126; Leonhard a. a. O. S. 60; Kuhlenbeck, Comm. I. S. 624; Planck, a. a. O. zu § 868. 2b.

[39]) Vgl. Nord S. 40.

[40]) Vgl. Planck, Sachenrecht 1904 § 868 2b.

Verhältnis zu sein,[41]) wenngleich es anderwärts als Rechtsverhältnis bezeichnet wird (§ 930, Z. P. O. § 76). Vielmehr genügt es, dass der unmittelbare Besitzer in einem Verhältnis oder, wie es in den dem § 868 zugrunde liegenden Anträgen[42]) auch hiess, in Anerkennung eines Verhältnisses besitzt, das, seine Rechtgültigkeit vorausgesetzt, geeignet ist, den Besitzer einen andern gegenüber auf Zeit zum Besitze zu berechtigen oder zu verpflichten. „Ein solcher Besitzer," sagt Planck, „leitet sein Recht zum Besitze in demselben Sinne von dem anderen ab, wie sonst davon gesprochen wird, dass jemand sein Recht von einem Nichtberechtigten herleitet," (z. B. § 135. Abs. 2, § 161 Abs. 3 etc.). Natürlich kann aber ein tatsächliches Verhältnis niemals die Grundlage für mittelbaren Besitz bilden. Der Pächter also, auf dessen Grundstück durch Ueberschwemmung oder durch Gewalt des Windes Sachen eines anderen gelangt sind, übt zwar unmittelbar die Gewalt über sie aus, vermittelt aber an ihnen in Ermangelung jeden rechtlichen Bandes dem bisherigen Besitzer keinen mittelbaren Besitz.[43])

Dass ein vermeintliches Verhältnis der im § 868 bezeichneten Art zur Begründung mittelbaren Besitzes ausreicht, geht auch aus den Protokollen[44]) wie auch aus den Motiven[45]) hervor. Es muss aber natürlich, wenigstens nach der Auffassung der Beteiligten, rechtlich existieren.[46]) Es muss ihre Absicht gewesen sein, das Rechtsverhältnis ernstlich begründen zu wollen. Diesen Gedanken legt Planck in seine Worte, wenn

[41]) a. A. Bartels S. 659, 669; Isay, S. 276; vgl. auch Wendt, a. a. O. S. 45. Becker, (Diss. S. 53): „Der § 868 fordert ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, und auch ein nur putativ gültiges Rechtsverhältnis als genügend erklären zu wollen, hiesse ein rechtsgültiges Rechtsverhältnis, d. h. eine contradictio in adiecto annehmen." Vgl. ferner Endemann a. a. O. S. 147. Anm. 17: „Nur die gültige Vereinbarung kann den Besitzübergang vermitteln." Endemann geht jedoch mit seinen Forderungen zu weit. Er widerspricht der herrschenden Meinung. — Gegen Isay vgl. Leonhard, Krit. Viert. Jahrschr. S. 421: ferner gegen die herrschende Lehre; Bendix, S. 48, Privatrecht S. 524; Aravatinos, Iherings Jahrb. Bd. 48 S. 115—122.

[42]) Vgl. Planck a. a. O.

[43]) Vgl. Strauss, S. 21.

[44]) Prot. II. Bd. 3 S. 198, zu § 930.

[45]) Not. III. S. 99 zu dem entsprechenden § 805 des E. I.

[46]) Vgl. Crome, S. 32, S. 204; Felscher, S. 58; Dernburg, S. 343. Gierke, S. 7 Anm. 15; Landsberg, a. a. O. S. 648; Kohler, S. 76; Biermann, §§ 868, 930; Ramdohr, S. 59, sub c; Planck, S. 63, zu § 868, sub 3b, § 930 sub 3; Kober zu § 868, sub II, 2 und zu § 930 sub 1. b; Kuhlenbeck, Handausg. zu § 930 Anm. 2.

er sagt:[47]) „Die Voraussetzung, von welcher der § 868 den mittelbaren Besitz abhängig macht, liegt nicht darin, dass ein Verhältnis der bezeichneten Art besteht, sondern darin, dass der unmittelbare Besitzer die Sache als Niessbraucher, Mieter etc. besitzt. Durch das „als“ wird ein subjektives Erfordernis aufgestellt. Man besitzt also auch „als“ Testamentsvollstrecker, „als“ Mieter, wenn etwa das Testament nichtig, der Vermieter geschäftsunfähig war.[48]) Nur wird man sich nicht dem Urteile des Oberlandesgerichts Karlsruhe[49]) anschliessen können, das selbst Simulation in gewissem Grade als unschädlich gestattet. Dies würde zu weit gehen.

Wollte man Rechtswirksamkeit des erwähnten Verhältnisses verlangen, würde man auch gar nicht der Exnerschen Theorie folgen, denn „eine Antwort auf die Frage, wer Besitzer sei, kann doch niemals von der ganz heterogenen Frage nach der inneren Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes bestimmt werden; das hiesse die Tatsache von der Rechtsfrage abhängig machen, also das richtige Verhältnis beider umkehren.“[50]) So urteilt denn auch das O. L. G. Rostock:[51]) „Es kommt nicht darauf an, ob ein solches Rechtsverhältnis in dem betreffenden Falle rechtsverbindlich sei oder nicht, sondern nur darauf, dass dasselbe als bestehend angenommen sei und so die Grundlage für die Belassung der Sache beim Verkäufer gebildet habe.“

Es ist auch natürlich nicht nötig, dass in der Vereinbarung zwischen Erwerber und Veräusserer die Art des in Zukunft zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses ausdrücklich mit der juristisch-technischen Bezeichnung Erwähnung findet.[52]) Vielmehr wird es hinreichen, dass der wirtschaftliche Zweck des Vertrages ein den in dem § 868 angeführten Beispielen ähnliches Verhältnis erkennen lässt. Wenn also z. B. A. dem B. seine Maschinen verkauft und er sich den unentgeltlichen Besitz und Gebrauch an diesen Sachen auf bestimmte Zeit vorbehält,[53]) so liegt eben ein Leihvertrag und damit ein mittelbares Besitzverhältnis vor.

Es herrscht somit, wie gezeigt, allgemeine Uebereinstimmung darüber, dass das besondere Rechtsverhältnis nicht not-

---

[47]) Vgl. Planck, a. a. O. S. 64.

[48]) Vgl. Stemann, S. 21. Nach Thoma, a. a. O. ist in solchen Fällen die Position des mittelbaren Besitzers eine sogar noch festere, denn „sein Herausgabeanspruch wird fällig, sobald sich die Nichtigkeit des Titels ergibt und nicht erst nach Ablauf der vertragsmässigen Zeit.“

[49]) Bad. Rechtspraxis, Bd. 68. S. 320.

[50]) Vergl. Hirzel, S. 92.

[51]) Seufferts Arch. N. F., X. No. 8.

[52]) Vgl. Fuchs, S. 13.

[53]) Vgl. Bad. Rechtspraxis, 1902 S. 319 ff.

wendig rechtsgültig zu sein braucht. In der Praxis darf man das Gewicht dieser Frage nicht überschätzen, „da die Einigung über den Eigentumsübergang jedenfalls rechtsgültig sein muss, und in der Regel auch dem Rechtsverhältnisse, das sie bestätigt, verbindliche Kraft verleihen wird.“[54])

Endlich sei noch erwähnt, dass nach Endemann[55]) den Ausgang für die Entstehung des mittelbaren Besitzes die Ueberlassung des hierdurch abgeleiteten Besitzes an den Besitzmittler auf Grund eines rechtsgeschäftlich begründeten Verhältnisses bildet. Denn sämtliche in § 868 mit Namen angeführten Fälle deuten darauf hin. Dieser Behauptung Endemanns kann nicht beigetreten werden. Mit Recht weist Staudinger[56]) darauf hin, dass das den unmittelbaren und mittelbaren Besitz vermittelnde causale Rechtsverhältnis nicht bloss durch Vertrag entstehen kann, sondern auch durch das Gesetz in Anknüpfung an eine Tatsache, z. B. die Ehe wegen des eingebrachten Gutes der Frau, elterliche Gewalt wegen des Vermögens der Kinder (§ § 1627, 1649), gesetzliche Pfandrechte etc., oder auch kraft richterlicher Anordnung, wie z. B. der gerichtlich bestellte Verwahrer oder wenn die Besitzberechtigung auf gerichtlicher Einweisung beruht, wie z. B. der Besitz des Verwalters nach § 1052 BGB.. Treffend muss auch die Ansicht von Oertmann[57]) erscheinen, der betont, dass es weder dem Buchstaben noch dem Geist des Gesetzes irgendwie entsprechen würde, wollte man die Notwendigkeit eines rechtsgeschäftlichen oder auch geschäftsähnlichen Abhängigkeitsverhältnisses annehmen. Dieselben Rücksichten, welche die Schaffung des Begriffes des mittelbaren Besitzes veranlasst haben, führen auch dazu, diese Personen als Besitzmittler anzuerkennen, wenn auch das Gesetz im § 868 als Beispiele für den mittelbaren Besitz begründende Rechtsverhältnisse nur solche nennt, die sich auf einen Vertrag stützen.[58]) Es findet in jenen Fällen gewissermassen die auf der einen Seite fehlende Willenserklärung ihren Ersatz durch Gesetz oder Richterspruch.[59])

---

[54]) Vgl. Eck-Leonhard S. 115, Note 1; vgl. ferner Felscher S. 58; Nathan, S. 51.

[55]) Endemann, Bd. II. 1905. S. 162.

[56]) Staudinger, Sachenrecht 1907 S. 54.

[57]) Vgl. Oertmann, Das Besitzrecht des Ehemannes am eingebrachten Gut der Frau (in Ih. Jahrb. Bd. 44. S. 207 ff).

[58]) Vgl. Bartels, a. a. O. S. 660; Reiss, S. 28; Planck, a. a. O. zu § 868, Anm. a, b, vgl. auch Landsberg, Das Recht des BGB. 1904 zweite Hälfte S. 631. zu § 868.

[59]) Ebenso Ernst, S. 29.

Nach Förtsch[60]) sind Personen wie z. B. gesetzliche Vertreter, der Ehemann in Ansehung des Frauengutes (§ 1373), andere Verwalter, wie Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker, Zwangsverwalter, Nachlasspfleger und Nachlassverwalter, Personen, die ihr Recht zum Besitz direkt auf das Gesetz bezw. einen Richterspruch stützen, weder vermittelnde Besitzer, noch eigentliche Besitzdiener, „sie betätigen vielmehr den Besitz der vertretenen Personen, welche allein die Besitzer sind.“[61])

Förtsch selbst räumte aber ein, dass das Gesetz eine derartige Ausnahmebestimmung nicht erwähnt. Wozu es also damit belasten![62]) Mit Förtsch glaubt auch Ullmann,[63]) dass die gesetzlichen Vertreter nicht in einem ähnlichen Verhältnis, wie es § 868 verlange, den Besitz ausüben. Denn der Grund der Ueberlassung der tatsächlichen Gewalt von dem bisherigen Besitzer an den neuen, müsse, wenn auch nicht immer ein Rechtsgeschäft, so doch ein Akt rechtsgeschäftlichen Charakters sein. Mittelbarer Besitz wäre deshalb nicht begründet, wenn es sich um ein unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift beruhendes, nur durch Gesetz geschaffenes Schuldverhältnis handele.

Auch Ullmann wird man mit Oertmann[64]) erwidern können, dass wohl in der Regel das „ähnliche“ Verhältnis, wie es § 868 verlange, auf Rechtsgeschäft beruhen wird, dass wir aber, wenn das Gesetz an bestimmte Tatbestände ohne weiteres eine derartige zeitliche Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitz anschliesst, nach dem Wortlaut des § 868 notgedrungen auch überall da einen unmittelbaren Besitz nehmen müssen, wo eine „Aehnlichkeit“ des Verhältnisses mit den in § 868 aufgeführten rechtsgeschäftlichen vorhanden ist. Die hier genannten Fälle können wohl, müssen jedoch nicht immer durch Rechtsgeschäft zur Entstehung gelangen. Es sei hier mit Oertmann auf den Besitz des Vermieters verwiesen, der sich in Ausübung des gesetzlichen Pfandrechts gemäss § 561 in den Besitz der eingebrachten Sachen des Mieters gesetzt hat.[65])

Die Interessen beider Teile, des unmittelbaren wie des mittelbaren Besitzers, werden am besten gewahrt durch die Aner-

[60]) Vgl. Förtsch, Beitr. z. Erläuterung des D. R. Bd. 43. S. 545 ff; ebenso Turnau-Förster, Bemerk. 3 zu § 855.

[61]) Vgl. Biermann, a. a. O. S. 36.

[62]) Vgl. a. a. O. S. 313 ff.

[63]) Von einem Alleinbesitz des Mannes sprechen: Staudinger, zu § 1373 No. 4; die Systeme von Endemann 3.—5. Aufl. Bd. 2. S. 731—732; Enneccerus-Lehmann, 2 Aufl. Bd. 2. S. 456; Ullmann, I. Arch. f. zivil. Praxis Bd. 92. S. 306—318.

[64]) a. a. O. S. 222 ff.

[65]) Vgl. auch Geissler, S. 42.

kennung der gesetzlichen Vertreter als Besitzmittler.[66]) Dass die oben genannten Personen Besitzdiener nach § 855 sein könnten, ist selbstverständlich ebenfalls abzulehnen! Sonst könnte ja z. B. ein Kind seinem Vater Anweisungen für die Verwaltung seines Vermögens erteilen![67]) Es fehlt bei jenen Personen durchaus die Abhängigkeit vom Besitzherrn, welche, wie oben gezeigt, das wesentlichste Merkmal der Besitzdienerschaft ist. Die herrschende Meinung[68]) nimmt denn auch in allen jenen Fällen mittelbaren Besitz an. Ihr ist beizutreten.

Das Besitzmittlungsverhältnis kann also sowohl auf Rechtsgeschäft wie auf Gesetz oder anderen Tatbeständen beruhen. Auch wird es gleichgültig sein, ob es lediglich obligatorischen Charakter[69]) trägt oder dinglichen[70]) wie z. B. Niessbrauch, oder auch beides,[71]) wie z. B. beim Pfandrechte an Mobilien, das den Pfandgläubiger ja zur Verwahrung des Pfandes verpflichtet (§ 1215 BGB.[72]).

Nach dieser allgemeinen Erörterung des in den § § 930, 868 vom Gesetz verlangten Rechtsverhältnisses, bei welcher vornehmlich die Grundlagen des mittelbaren Besitzes erwähnt werden sollten, möge nunmehr auf die Erforschung seiner vom Gesetz verlangten Kriterien, der für das Vorhandensein mittelbaren Besitzes entscheidenden Momente, eingegangen sein.

§ 3.

Eine Definition des mittelbaren Besitzes enthält § 868 BGB.: „Besitzt jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit

[66]) Vgl. auch Reiss, a. a. O. S. 29.

[67]) Vgl. hierüber die genaueren Ausführungen bei Reiss, S. 29 ff.

[68]) Vgl. Dernburg, Sachenrecht. 1904. S. 53; Matthiass a. a. O. § 2. S 7.; Maenner § 14 Anm. 7. S. 91; Biermann, zu § 868 Anm. 4; Lehmann, § 19, S. 62 ff; Kniep, S. 53 ff.; 146 ff; Wendt, S. 61; Endemann § 33 S. 123; Planck, Bemerk. 5 zu § 854 S. 34; Leonhard, Vertretung. S. 62; Neumann, Bemerk. 3 zu § 868; S. 425; Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach BGB. S. 22. Fischer-Henle a. a. O. § 86S. Anm. 2; Strohal, Sachbesitz, S. 21; Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach BGB. S. 55; — teilweise a. M. Cosack, B. R. 1904 S. 66.

[69]) Vgl. Felscher, S. 57 u. sein Anm. No. 277.

[70]) Vgl. Endemann, S. 208 Anm. 37; Bunsen S. 16.

[71]) Vgl. Bartels, S. 659.

[72]) Vgl. Felscher S. 57; Strauss, S. 31.

zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)." .

Der mittelbare Besitz ist also neben dem Besitz des Niessbrauchers, Pfandgläubigers, Pächters, Mieters, Verwahrers vorhanden „als die von ihm erzeugte und getragene Nebenwirkung, als der Schatten gleichsam, den er nach rückwärts wirft."[1]) Auf dem wirklich oder nur vermeintlich bestehendem Rechtsverhältnis, welches ihn zur Entstehung bringt und das, wie oben gezeigt, die Grundlage der Besitzvermittlung bildet, muss entweder die Berechtigung oder die Verpflichtung des unmittelbaren Besitzers zum zeitlich begrenzten Besitze einer Sache begründet sein. Nicht bedurfte es vom Standpunkte des BGB. aus, welches Besitz als tatsächliche Gewalt ansieht, der Hervorhebung, dass der Niessbraucher, Pfandgläubiger usw. Besitzer ist, wohl aber einer solchen, dass auch z. B. der hinter dem Niessbraucher stehende Eigentümer Besitzer ist.[2]) Nach § 868 muss der unmittelbare Besitzer, der Besitzer im Sinne des § 854, die Sache „in einem Verhältnisse" bestimmter Art einem anderen gegenüber besitzen. Der mittelbare Besitz setzt demnach ein Doppeltes voraus, nämlich:

1. einen unmittelbaren Besitz im Sinne des § 854 und
2. ein Verhältnis von der im § 868 verlangten Beschaffenheit.

Ueber das erste dieser für den mittelbaren Besitz notwendigen Elemente bestehen in der Wissenschaft keine Meinungsverschiedenheiten. Um so lebhafter herrscht Streit um das zweite.[3]) Das Gesetz kennzeichnet uns dies Verhältnis durch Beispiele und durch Aufstellung begrifflicher Merkmale, durch Hinzufügung einer clausula generalis.[4]) Eine erschöpfende Definition des mittelbaren Besitzes hat uns der Gesetzgeber vorenthalten. Wenn er als Besitzvermittlungsverhältnisse den Niessbrauch, das Pfandrecht, die Pacht, den Miet- und Verwahrungsvertrag nennt, so sollte damit nur eine Handhabe geboten werden. Im übrigen verlangt das Gesetz:

1. Berechtigung oder Verpflichtung des unmittelbaren Besitzers zum Besitze;
2. diese Berechtigung oder Verpflichtung muss zeitlich begrenzt sein und beruht
3. auf einem den Beispielsfällen des § 868 ähnlichen Verhältnis.

---

[1]) Vgl. Wendt, a. a. O. S. 60.
[2]) Vgl. Biermann, Sachenrecht. S. 34.
[3]) Vgl. Przibilla, S. 11.
[4]) Vgl. Thiesing, S. 242.

Beschäftigen wir uns zunächst mit dem ersten der drei Erfordernisse!

Alle vom Gesetz genannten Personen sind einem anderen gegenüber zum Besitze berechtigt oder verpflichtet. Wie Bekker[5]) ausführt, machen diese Worte Schwierigkeiten. Man könnte auf den Gedanken kommen, dass damit die „Verpflichteten" den „Berechtigten" gegenübergestellt seien, dass also der Berechtigte kein Verpflichteter, der Verpflichtete kein Berechtigter sein solle. Dies darf man aber nicht annehmen. Gibt es jemand, so fragt Bekker, der „einem anderen gegenüber" zum Besitzen verpflichtet, demselben anderen gegenüber aber nicht auch zum Besitzen berechtigt wäre? Diese Frage ist zu verneinen, man kann dem Gesetzgeber nicht zumuten, dass er ein und dieselbe Handlung zugleich gebieten und verbieten wollte. Bekker gelangt zu dem auch nur von uns zu billigenden Resultat, dass die unmittelbaren Besitzer im § 868, wie Niessbraucher, Pfandgläubiger und sonst in ähnlichen Verhältnissen Besitzende zusammen, auch Besitzberechtigte sein müssen, aber ebenso wohl Besitzverpflichtete wie nicht Verpflichtete sein können, dass mithin der zum Besitz Verpflichtete auch stets dem anderen gegenüber zum Besitz berechtigt ist, aber nicht umgekehrt. Bekker hält es deshalb für korrekter, die Definition so zu fassen, dass

„er (die unmittelbaren Besitzer) einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze verpflichtet oder auch nur berechtigt ist."

Aehnlich äussert sich Strohal;[6]) ein Verhältnis mittelbaren Besitzes entsteht zunächst dadurch, sagt er, dass jemandem der Besitz einer Sache vom bisherigen unmittelbaren Besitzer auf Zeit überlassen wird. Diese Ueberlassung kann im Interesse des Ueberlassenden oder des Uebernehmers erfolgen. Als Beispiele für den ersteren Fall nennt er die Ueberlassung zur Aufbewahrung, zum Zwecke des Transportes, der Bearbeitung; als solche für den letzteren die Ueberlassung zum Zwecke der Einräumung eines Faustpfandes oder zum Zwecke der niessbrauchs-miet-pachtweisen Nutzung oder wenn sie leihweise stattgefunden hat. In jenen Fällen hält Strohal den Uebernehmer gegenüber dem Ueberlassenden zum Besitze verpflichtet, in diesen hierzu berechtigt. Jedoch, fügt er mit Recht hinzu,[7]) ergibt sich auch bei den zuerst genannten Fällen aus der Verpflichtung zum Besitz ein gewisses Mass von Berechtigung zu demselben.

---

[5]) Vgl. Aphorismen, S. 19.
[6]) Vgl. Strohal, Sachbesitz, S. 20, 21.
[7]) Vgl. Sachbesitz, S. 21 Anm. 28.

Es mag ferner Wendt[8]) mit seiner Ansicht Gehör finden! Er sträubt sich gegen die Bezeichnung des „Nutzbesitzes“ hinsichtlich der Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitze. Er hält sie für zu eng in doppelter Weise. Zunächst handele es sich keineswegs überall um Nutzung der Sache, wie schon beim Pfandgläubiger nicht, und ferner könnten darunter nur die Fälle der Besitz b e r e c h t i g u n g , nicht auch die der b l o s s e n V e r p f l i c h t u n g verstanden werden. Mit jeder Berechtigung zum Besitz, fährt Wendt fort, gehe eine Verpflichtung nebenher in Ansehung der Sache, ihrer Erhaltung, ordnungsmässigen Benutzung usw.. Wendt kommt also wieder zu einem anderen Resultat, nach ihm scheint jede Berechtigung zum Besitz auch eine Verpflichtung in sich zu bergen. Aehnlich sagt Wolff:[9]) Jeder Nutzbesitzer — es wird noch unten auf den Ausdruck eingegangen werden — hat in Ansehung der Sache gewisse Verbindlichkeiten übernommen, denn jedem Recht entspricht eine Pflicht. In dem „berechtigt“ steckt also auch ein „verpflichtet“. Eine reine Verpflichtung, bei welcher der Besitzer die Sache lediglich zu Pflichten und Lasten übernommen hat, also ohne Berechtigung, sieht Wendt[10]) in dem vom Gesetz ausdrücklich benannten Beispiel des Verwahrers. Ferner will er zu dieser Gruppe Beauftragte, Frachtführer und Spediteure, Post- und Eisenbahnen, Kommissionäre und Agenten, Testamentsvollstrecker, alle Vormünder und Pfleger rechnen. Sie wären sämtlich deshalb zum Besitze verpflichtet, weil sie „dem anderen“ cura und custodia schuldeten.

Wie Wendt scheint auch Wildt[11]) zu urteilen. Er geht gleichfalls davon aus, dass dem Uebernehmer vom früheren Inhaber die Sache überlassen wird, sei es im eigenen Interesse oder im Interesse des Ueberlassenden. Zu diesen Fällen rechnet er die Aufbewahrung, Fracht- und Speditionsgeschäft, die Bearbeitung; zu jenen das Faustpfand, Miete, Pacht, Leihe. Hier b e r e c h t i g t — dort v e r p f l i c h t e t ! Jedoch möchte Wildt unter dieser Verpflichtung die r e i n e , b l o s s e Verpflichtung verstanden wissen, und nicht eine solche, „wie sie neben jeder Berechtigung nebenhergeht.“ Dies sei nur die Folgerung aus dem Gesetz, das im § 868 den Verwahrer ausdrücklich benennt. Wendt sowohl wie Wildt stehen auf dem Standpunkt, dass sich der Besitz des Verwahrers lediglich in der Verpflichtung, für die gesicherte Unterbringung der Sache zu sorgen und in der Nichtberechtigung, sie in Gebrauch zu nehmen, erschöpft.

---

[8]) Vgl. Wendt, a. a. O. S. 60, 61.
[9]) Vgl. a. a. O. S. 54.
[10]) Vgl. a. a. O. S. 61.
[11]) Vgl. a. a. O. S. 35, 36.

Es heisst im Gesetz: berechtigt o d e r verpflichtet! Die Berechtigung zum Besitze wird in der Literatur fast allgemein mit „Nutzbesitz“ (Strohal führt den Ausdruck auf Eck zurück), die Verpflichtung mit „Verwaltungsbesitz“ („Sequestrationsbesitz“) charakterisiert.[12]) Zu der ersten Gruppe von Fällen wären ausser den vom Gesetz genannten Personen (Mieter, Pächter, Niessbraucher, Pfandgläubiger) noch hinzuzufügen die Leihe und das Zurückbehaltungsrecht des § 273, der Besitz des Ehemannes an dem eingebrachten Gut der Frau gemäss § 1373, ferner der Besitz des Vaters, dem nach § 1649 die Nutzniessung kraft der elterlichen Gewalt (nach § 1686 auch der Mutter) an dem Kindesvermögen zusteht.[13]) Zu den Verwaltungsbesitzern, den Besitzern zu Pflichten und Lasten, welche sich als Besitzer in fremdem Interesse darstellen, müssten gerechnet werden der Verwahrer, der nach den § § 1052, 1217 gerichtlich bestellte Verwalter, der Sequester, der nach § 808 CPO. pfändende Gerichtsvollzieher, der Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter und Vormund.[14]) Zu einer dritten Gruppe, also weder zum Nutz- noch Verwaltungsbesitz, sollten schliesslich gehören der Besitz des Frachtführers, der Post, des Verkaufskommissionärs, des Anwalts usw., kurz alle sonstigen zu § 868 gehörigen Fälle, die sich nicht als Eigenbesitzer und nicht als blosse Inhaber darstellen. Bei dieser Art der Bezeichnung könnte man zweifeln, ob der Pfandgläubiger zu den „Nutzbesitzern“ gehöre! Der Ausdruck „Nutzung“ hat hier jedoch eine umfassendere Bedeutung, als er gewöhnlich im landläufigen Sinne z. B. beim Niessbraucher, Pächter, vielleicht auch noch beim Mieter und Entleiher haben könnte. Hier soll „Nutzen“ so viel heissen, dass durch den Besitz den „Nutzbesitzern“ beliebige Vorteile verschiedener Art verschafft werden. Ausserdem muss man erwägen, dass der Pfandgläubiger die Sache wohl in seinem Interesse besitzt, dass also in dem vom Gesetz angewandten Ausdruck „berechtigt“ die gedachte d o p p e l t e Berechtigung enthalten ist.[15]) Jedenfalls zeigt jene von Strohal stammende Einteilung in die drei Kategorien, und von diesen wiederum die letzte Klasse, dass sich kein Ausdruck finden lässt, der alle Fälle des § 868 umspannt.

Ernst[16]) schliesslich will daraus, dass das Gesetz in den § § 941, 986, 991 nur von dem Ableiten des R e c h t s (nicht

[12]) Vgl. Schwenk, S. 14; ebenso Wildt, S. 39; Wolff, S. 54. vgl. Wendt, a a. O. S. 60 ff.

[13]) Ebenso Wildt, S. 39.

[14]) Vgl. Wendt, a. a. O. S. 61. Schwenk, S. 14; Dernburg, Sachenrecht 1901, S. 51; Plank, 1902 zu § 868.

[15]) Ebenso Wolff, S. 54; vgl. Wendt, S. 60 ff.

[16]) Vgl. a. a. O. S. 27.

der Pflicht) zum Besitz spricht, den Schluss ziehen, es wollte vielleicht damit andeuten, dass wohl stets ein Recht, nicht immer aber eine Pflicht zum Besitz in den Fällen des § 868 vorliegen wird. Seiner Ansicht nach übersieht dies Thiesing,[17]) wenn er sagt: „Das Verhältnis muss zum Besitz entweder berechtigen oder (auch nur) verpflichten." Dabei schliesse doch das „verpflichten" das „berechtigen" in sich ein.

Sei dem, wie es wolle! Die vorliegenden Erörterungen können nur einen mehr theoretischen Wert haben und einen Unterschied in der Sache selbst kaum bedeuten.[18]) Jedenfalls ist das Resultat der bisherigen Ausführungen darin zu suchen, dass es sich in § 868 gar nicht um einen scharfen Gegensatz handelt, dass vielmehr „Berechtigung" zum Besitze regelmässig dann vorliegen wird, wenn von dem unmittelbaren Besitzer der Besitz an der Sache hauptsächlich im eigenen Interesse ausgeübt wird (z. B. Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter), „Verpflichtung" dann, wenn dies hauptsächlich im Interesse des mittelbaren Besitzers (z. B. Verwahrer) der Fall ist. Der Unterschied zwischen beiden Begriffen ist flüssig; neben jeder Berechtigung zum Besitze wird auch eine Verpflichtung vorhanden sein. Und umgekehrt neben jeder Verpflichtung zum Besitz eine Berechtigung.

Doch wohl gemerkt, die Berechtigung oder Verpflichtung des unmittelbaren Besitzers soll sich auf den Besitz der Sache erstrecken, es kann, wie Staudinger[19]) sagt, in § 868 nur ein solches Verhältnis massgebend sein, das eine Besitzbeziehung zwischen den Parteien begründet! Damit ist die Abgrenzung der Stellung des unmittelbaren Besitzers (§ 868) von der des Besitzdieners[20]) (§ 855) gegeben. Die rechtliche Stellung beider ist durchaus verschieden, wenngleich ein jeder von ihnen im Gegensatz zum Eigenbesitzer die Sache nur animo rem alteri habendi[21]) innehat. Das „Innehaben" des Besitzdieners charakterisiert sich zwar als tatsächliche Herrschaft über die Sache, der Besitz ist jedoch lediglich bei dem Herrn der Sache verblieben (vgl. § 855; so ist nur der andere Be-

---

[17]) Vgl. a. a. O. S. 243.

[18]) Ebenso Ernst S. 27.

[19]) Vgl. Sachenrecht, 1907 S. 54.

[20]) Der Ausdruck rührt von Bekker, Besitz beweglicher Sachen, her; gegen diesen Ausdruck: Kohler, Vertrag u. Uebergabe, Arch. f. Bürgerl. Recht. Bd. 18. S. 81 und Przibilla, S. 12, die „Besitzgehilfe" vorziehen wollen; im Interesse einer einheitlichen Terminologie wird man jedoch, wozu sich auch Przibilla entscheidet, gut tun, den Ausdruck „Besitzdiener" beizuhalten.

[21]) Vgl. Schwenk, S. 16.

sitzer). Der Besitzer ist zu jeder beliebigen Zeit in der Lage, die Gewalt über die Sache an sich zu bringen und sie dem Besitzdiener zu entziehen.[22]) Dieser befindet sich seinem Herrn gegenüber in einem „Abhängigkeitsverhältnis", er hat den Weisungen des letzteren gleichsam als ein willenloses Werkzeug zu folgen, er ist ihm sozial untergeordnet. So sagt Bekker:[23]) „Wesentlich ist durchweg ein Verhältnis, bei dem nach den Gebräuchen unseres Verkehrs der eine dem andern gegenüber, soweit die tatsächliche Gewalt in Frage steht, durchaus keinen eigenen Willen hat, sondern schlechthin den Willen des anderen zur Ausführung zu bringen gehalten ist."[24])

Anders der unmittelbare Besitzer! Zwar kann auch bei ihm die causa, auf Grund deren er den Besitz erlangt, gewisse Verpflichtungen bedingen. Doch ist bereits oben ausgeführt worden, dass wir es in dem Besitz des § 868 mit einem Doppelbesitz zu tun haben, der dem unmittelbaren Besitzer eine durchaus selbständige Stellung zuerkennt, da er Besitz neben Besitz stellt. Der Pächter, Mieter etc. braucht erst dann die tatsächliche Gewalt über die Sache aufzugeben, wenn die Frist abgelaufen ist. Wo also neben dem Besitzer noch ein anderer die tatsächliche Gewalt ausübt, ohne von der Rechtsordnung als Besitzer anerkannt zu sein, liegt überall ein Besitzdienerschaftsverhältnis aus § 855, kein mittelbarer Besitz vor.[25]) Die Eigenschaft als Besitzdiener wird dem Fremden, dem wir z. B. das Reisehandbuch oder das Fernglas auf einen Augenblick hinreichen, gerade dadurch aufgeprägt, dass wir keinen Leihvertrag oder ein anderes Rechtsverhältnis mit ihm vereinbaren, vermöge dessen er uns gegenüber zum Besitz berechtigt wäre. Nur hierdurch wird der entscheidende Gegensatz zu dem unmittelbaren Besitzer des § 868 klargestellt.[26]) Desgleichen scheiden

[22]) Ebenso Klein, a. a. O. S. 29.

[23]) Besitz beweglicher Sachen, S. 44; vgl. auch Ernst, S. 37.

[24]) Bekker, a. a. O. S. 46 verlangt ferner, dass es sich im Falle des § 855 um ein Verhältnis handeln müsse, vermöge dessen der Besitzdiener den sich auf die Sache beziehenden Anweisungen des anderen sofort Folge zu leisten hat. Hierzu bemerkt Biermann (Sachenrecht 1898 zu § 868), dass dies teils nicht ausreichend, teils willkürlich ist. Wir werden jedoch mit Ernst (a. a. O. S. 38) in dem Sinne Bekkers handeln, wenn wir durch das „sofort" kein neues Merkmal in den Tatbestand hineintragen, es vielmehr dahin auslegen. Auch der Knecht, der das Vieh während der Sommerzeit auf einer entlegenen Alm weidet, sei nicht etwa Besitzer, weil der Herr und dessen Befehle ihn nicht sofort erreichen könnten, vielmehr muss auch er sofort, nachdem er die Weisungen erhalten, Folge leisten.

[25]) Vgl. Reiss, S. 20.

[26]) Vgl. Endemann, a. a. O. S. 171.

alle jene Fälle aus, in denen jemand zwar zur Aufbewahrung einer Sache für einen anderen, aber nicht zum Besitze verpflichtet ist, z. B. der Verkäufer und der Schenker in der Zeit bis zur Uebergabe der gekauften oder geschenkten Sache.[27]) Da der unmittelbare Besitzer zum Besitze berechtigt oder verpflichtet sein muss, vermag auch der Vorerbe dem Nacherben keinen Besitz an den Nachlassgegenständen zu vermitteln. Denn er ist nur zur Herausgabe der Erbschaft nach dem Eintritt der Nacherbfolge, nicht auch zum Besitze verpflichtet (§ 2130).[28]) In ähnlichem Zusammenhange erwähnt Leonhard[29]) den Fall, dass z. B. ein Bankier in seinem Gewölbe einem Kunden ein Fach zur Verwahrung von Wertpapieren unter eigenem Verschlusse einräumt. Hier liege tatsächlich gar kein Verwahrungsvertrag vor. Denn wie der Wortlaut von § 688 zeige, wäre dieser auch im BGB. Realkontrakt, sein Zustandekommen sei mithin dadurch bedingt, dass der Verwahrer unmittelbarer Besitzer würde. Der Kunde bleibe ja aber alleiniger Besitzer der Wertpapiere, da der Bankier die tatsächliche Gewalt über diese nur widerrechtlich erlangen könne. In Bezug auf die Wertpapiere sei deshalb auch kein Besitzmittlungsverhältnis zwischen Bankier und Kunden vorhanden. Anders lägen die Verhältnisse in Betreff des überlassenen Faches. Hier ständen sie sich als Vermieter und Mieter gegenüber.

Es bleibt noch zu erwähnen, dass das nach § 868 zum Besitz berechtigende oder verpflichtende Rechtsverhältnis beim const. poss., wie § 930 sagt, vereinbart werden muss. Denn das Uebereinkommen nennt man ja const. poss., auf Grund dessen der bisherige Besitzer X. mit Y. ein Mittlerverhältnis vereinbart, demzufolge er in Zukunft für Y. als Pächter, Mieter, Verwahrer etc. besitzt und dadurch Y. zum mittelbaren Besitzer macht. Wie § 930 lehrt, muss zwischen Eigentümer und Erwerber ein mittelbares Besitzverhältnis vereinbart werden, weil es eben von Hause aus zwischen jenen nicht vorhanden ist. So sagt Landsberg:[30]) „Indem der Erwerber mittelbarer Besitzer wird, wird er Eigentümer; jedoch nur, falls dieser ganze Vorgang sich durch ein zu der Uebereignung hinzutretendes nicht bloss simuliertes Rechtsverhältnis der soeben beschriebenen Art (Faustpfand, Leihe, Miete oder dergl.) wirklich erklärt.“ Nach Biermann[31]) kann die Vereinbarung des

---

[27]) Vgl. Staudinger a. a. O. S. 54 zu § 868; Leonhard, S. 73; Strohal, S. 19 Anm. 26.

[28]) Vgl. Reiss, S. 22.

[29]) Vgl. Leonhard, Vertretung, S. 73; Reiss, S. 23.

[30]) Vgl. Landsberg, a. a. O. S. 648 zu § 930.

[31]) Vgl. Biermann, Sachenrecht 1898 S. 73 zu § 930.

Rechtsverhältnisses der Einigung über den Eigentumsübergang voraufgehen, das Rechtsverhältnis kann bereits zur Zeit dieser Einigung bestehen. Nord[32]) dagegen hält es für ausgeschlossen, dass dies Rechtsgeschäft (Vereinbarung über die „causa dententionis") erst nach dem Zustandekommen der Einigung begründet wird. Es bilde die Grundlage der Einräumung des Besitzes, es sei m. a. W. die Voraussetzung der Einigung; ohne jenes würde letztere selbst den Besitz nicht verschaffen können.

Da der § 930 die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses ausdrücklich verlangt, so liegt kein gültiges Konstitut vor, wenn das Rechtsverhältnis schon auf Gesetz beruhte, falls der Veräusserer schon auf Grund Gesetzes unmittelbaren, der Erwerber mittelbaren Besitz hatte. Wenn also z. B. ein Ehemann, der Sachen an seine Frau verkauft, erklärt, dass er die verkauften Sachen nur noch für sie kraft seines eheherrlichen Verwaltungsrechts im Besitze habe, so kann darin keine wirksame Vereinbarung im Sinne des § 930 erblickt werden.[33]) In jedem einzelnen Falle also muss die „causa detentionis" aus den ausdrücklichen Erklärungen der Parteien hervorgehen oder zum mindesten aus den Umständen des Falles erhellen.[34])

Wir kommen nunmehr zum zweiten der oben aufgestellten Erfordernisse, zur Besitzberechtigung oder — Verpflichtung „auf Zeit."

§ 4.

Der Wortlaut des § 868 ergibt ohne weiteres, dass das zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitzer bestehende Verhältnis so beschaffen sein muss, dass nach dem Verlauf einer Frist der mittelbare Besitzer wieder die tatsächliche Gewalt erhält. Der unmittelbare Besitzer soll seinen Besitz nur „auf Zeit" haben, ob die Dauer derselben dagegen bestimmt oder unbestimmt ist, ist ebenso belanglos, wie der Umstand, ob sie kurz oder lang zu sein hat. Wie Thiesing[1]) ausführt, zielen die Bei-

[32]) Vgl. Nord, S. 77.

[33]) Vgl. Staudinger, Sachenrecht, 1907 S. 301 zu § 930; Rechtspr. d. O. L. G. Breslau Bd. 8 S. 112; R. G. E. in Jur. Wschrift 1901 S. 260; R. G. E. vom 12. Febr. 1904 in Gruch. Beitr. Bd. 49 S. 123 hinsichtlich des Verkaufs seitens eines in Gütergemeinschaft lebenden Ehemanns.

[34]) Vgl. Strohal, Sachbesitz, S. 92; Strohal, Zum Entwurf a. a. O. S. 34; Kohler, a. a. O. S. 77; Dernburg, Pandekten S. 421. Anm. 5; Cosack. B. R. S. 73., S. 124.

[1]) Vgl. Thiesing, a. a. O. S. 240 ff; vgl. auch Strauss, S. 47.

spiele des § 868 ihrem juristischen Wesen nach sämtlich daraufhin, die Sache nur innerhalb gewisser zeitlicher Grenzen dem mittelbaren Besitzer zu entziehen und sie nach Beendigung des Verhältnisses bestimmungsgemäss zu ihm zurückkehren zu lassen. Das sich auf Niessbrauch, Pfandrecht, Pacht etc. stützende Recht zur Ausübung des unmittelbaren Besitzes kehrt zu dem bisherigen mittelbaren Besitzer zurück, sobald jene Rechtsverhältnisse, von denen die Dauer des mittelbaren Besitzes abhängt, abgelaufen sind, ohne dass noch besondere, ausserhalb liegende Umstände hinzuzutreten brauchen.[2]) Insofern, sagt deshalb auch Endemann,[3]) trägt der mittelbare Besitz stets die Tendenz und die rechtlich begründete Anwartschaft in sich, nach Ablauf gewisser Zeit zum unmittelbaren Vollbesitz zu erstarken. Ohne zeitliche Begrenzung besitzt eben nur der Eigenbesitzer,[4]) deshalb ist der Besitz desjenigen, dem eine Sache unter aufschiebender Bedingung übereignet, inzwischen aber ihr Besitz übertragen worden ist — auf diesen Fall wird weiter unten genauer eingegangen werden —, kein bloss vermittelnder, sondern Alleinbesitz.[5]) Der Veräusserer hat hier, bemerkt Biermann mit Recht, den Besitz schlechthin verloren; „erachtet man den Besitz des bedingt Berechtigten für einen bloss vermittelnden, so würde gerade er die Tendenz haben, zum Alleinbesitz zu werden.“[6])

Weil der Finder nach § 966 BGB. zur zeitlich begrenzten Verwahrung der Sache verpflichtet sei, will Wendt[7]) in dem Funde ein Verhältnis sehen, wie es der § 868 zur Begründung mittelbaren Besitzes verlangt:
„Die Pflicht des Finders zur Verwahrung der Sache (§ 966), die ihm weiter auferlegte Anzeigepflicht (§ 965), die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bestätigten das Ergebnis, dass er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist.“

Durch diese Ansicht Wendts[8]) lässt sich auch Brunswig[9]) verleiten, in dem Finder einen Besitzvermittler zu sehen, weil

---

[2]) Aehnlich Bartels, S. 11.

[3]) Endemann, a. a. O. § 32. S. 161; vergl. auch Biermann, Sachenrecht; S. 34.

[4]) Vgl. Endemann, a. a. O. § 31 Anm. 6.

[5]) Vgl. Biermann, a. a. O. S. 35; Thiesing a. a. O. S. 240.

[6]) Vgl. Biermann, a. a. O.

[7]) Vgl. Wendt, Arch. f. d. z. Praxis. Bd. 87. S. 62.

[8]) Vgl. Wendt, a. a. O. S. 62; ferner sehen in dem Finder einen vermittelnden Besitzer: Dernburg, B. R. S. 67; Kipp, S. 698; Bekker, Aphorismen, a. a. O. S. 19; Bendix a. a. O. S. 46; Bartels, a. a. O. S. 63. Gärtner, a. a. O. S. 147.

er den Fundgegenstand nur „auf Zeit“ in Besitz nimmt. Er argumentiert, der Ehemann, der Nachlasspfleger, Testamentsvollstrecker usw. vermittelten den Besitz für die Herren des Vermögens. Es würde also auch dann mittelbarer Besitz begründet, wenn man die Sachen eines anderen einseitig auf Zeit in Besitz nähme, sofern man dazu berechtigt wäre. Somit würde man auch annehmen müssen, dass der Finder Besitzvermittler sei. Der unehrliche Finder wäre freilich seiner Ansicht nach dem Dieb gleichzustellen, der ehrliche Finder dagegen ähnelte dem Verwahrer. Brunswig selbst schränkt aber seine Behauptung ein, da, wie er ausführt, sich kaum eine Gelegenheit dazu finden wird, dass der mittelbare Besitz des Verlierers in Wirkung tritt, solange der Finder den Verlierer nicht kennt, und umgekehrt.[10]) Diese viel umstrittene Frage, ob der Finder zum Verlierer in einem Besitzmittlungsverhältnisse stehe oder nicht, wird noch unten ihre genauere Erörterung finden. Hier sei nur vorweg genommen, dass zwischen Finder und Verlierer keinesfalls ein den im § 868 genannten Beispielsfällen „ähnliches Verhältnis“ vorliegen kann. Denn obwohl der Finder bis zur Ablieferung der Sache an die Polizeibehörde (§ 967) zur Verwahrung (§ 963) und also auf Zeit zum Besitze verpflichtet ist, vermittelt er doch dem Verlierer oder den sonstigen Empfangsberechtigten nicht mittelbaren Besitz, weil er auch als redlicher Finder seine Rechtspflicht, die Sache zu besitzen, nicht von ihnen, sondern „aus der Tatsache des Fundes der besitzerlosen Sache ableitet.“[11])

Beim Doppelbesitz des § 868 muss also das causale Rechtsverhältnis ergeben, dass die Uebertragung des Besitzes vom mittelbaren auf den unmittelbaren Besitzer nur auf Zeit geschehen ist. Diese zeitliche Begrenzung wird auch beim Niessbrauch vorhanden sein, selbst wenn er auf Lebenszeit bestellt ist; auch bei juristischen Personen erlischt er ja, wie Wendt[12]) ausführt, mit deren Untergang (§ 1061).

Dagegen wird die in den Worten „auf Zeit“ gegebene Beschränkung fehlen, falls die Berechtigung zum Besitze in perpetuum fortbesteht, wie beim Erbpächter und dem Erbbaube-

---

S. 669; Klein, a. a. O. S. 65; a. M. Strohal, S. 22 ff.; Gierke, Verhdl. S. 24; Endemann, § 32. Z. 2; Isay, S. 278; Leonhard, S. 72; Planck, a. a. O. S. 63. Gärtner, a. a. O. S. 147.

[9]) Vgl. Brunswig, a. a. O. S. 72.

[10]) a. M. Strohal, S. 22 ff; Gierke, Verhandlg. III. Bd. S. 24.

[11]) Vgl. Planck, Sachenrecht 1904 S. 63; a. A. Dernburg, a. a. O. S. 64; Bartels, S. 669; Kniep, S. 152; Windscheid-Kipp, Bd. I. S. 693.

[12]) Vgl. Wendt a. a. O. S. 61.

rechtigten. Neben ihnen wird der Eigentümer nicht auf die Rechte des mittelbaren Besitzers Anspruch erheben können.[13])

Dem Erbbauberechtigten steht das veräusserliche und vererbliche dingliche Recht zu, auf oder unter der Oberfläche eines Grundstücks ein Bauwerk zu haben (§ 1012 BGB.). Der mittelbare Besitz könnte also, wenn überhaupt dann nur am Grundstück vorkommen, nicht dagegen am Werke; denn dies lässt ja § 95 ohne weiteres zum Eigentum des Erbbauberechtigten werden. Wenn Gierke dem Grundherrn deshalb mittelbaren Besitz zusprechen will, „weil dem ewigen Eigentum gegenüber immer nur ein zeitweiliges Verhältnis vorliege", so kann er hierin nicht unsere Zustimmung finden. Freilich wird nicht immer, wie Wendt a. a. O. anzunehmen scheint, die Berechtigung des Erbbauberechtigten zum Besitze in perpetuum fortbestehen — vgl. oben —, jedoch kann auch bei resolutiv-bedingtem oder befristetem Erbbaurecht kein mittelbarer Besitz entstehen. Denn das Rechtsverhältnis selbst ist seinem juristischen Wesen nach — und hierin nähern wir uns wiederum Wendt — in perpetuum angelegt; aus diesem Grunde ist es zum Besitzmittlungsverhältnis ungeeignet.[14]) Insbesondere muss der obigen Argumentation Gierkes entgegengehalten werden, dass das Erbbaurecht als ewiges Recht aufgefasst werden soll.[15]) Es gleicht hierin dem Eigentum, denn das Erbbaurecht erlischt nicht dadurch, dass das Bauwerk untergeht, (§ 1016 BGB.). Selbst im letzteren Falle kann der Erbbauberechtigte immer noch von seine Rechte Gebrauch machen. Ausserdem unterliegt das Erbbaurecht, selbst wenn es Jahre hindurch nicht ausgeübt werden sollte, doch nicht der Verjährung (§ 902 BGB.), da für das Erbbaurecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten (§ 1017 BGB.). Wenn jedoch Klein[16]) aus letzterem Umstande den Schluss zieht: „Für das Erbbaurecht gelten die auf die Grundstücke sich beziehenden Vorschriften (§ 1017); sind also alle Erben dahin, so tritt der Fiskus ein (§ § 1017, 928)", so kann dieser Folgerung nicht zugestimmt werden. Der Fiskus kann zwar als Erbe das Erbbaurecht erlangen, aber nicht auf Grund von § 928 BGB., son-

---

[13]) Vgl. Wendt, a. a. O. S. 61; ferner Bartels, a. a. O. S. 647; Windscheid-Kipp, a. a. O. Bd. I. S. 698; Maenner, a. a. O. S. 196; Klein, S. 70; a. M.: Biermann, Sachenrecht 903 S. 34; Gierke, Fahrnisbesitz, S. 7 N. 15, Planck, § 868 Anm. 2b.; Kniep, S. 135; Gärtner, S. 151; Wildt, S. 32; Schwenk, S. 15; Staudinger § 868; III. 2.

[14]) Ebenso Strauss, S. 53.

[15]) Vgl. Cosack, B. II. 1901. S. 201.

[16]) Vgl. a. a. O. S. 71.

dern nach § 1936 BGB. Mit Recht führt Ernst[17]) aus, dass der § 928 auf das Erbbaurecht gar keine Anwendung finden könne, da er von der Aufgabe des Eigentums an einem Grundstück handele. Nach § 1017 fänden nur die für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Auch Planck[18]) ist der Ansicht, dass der Erbbauberechtigte mittelbaren Besitz vermittelt, „da auch dieser nur für die Dauer seines Rechtes, also „auf Zeit" zum Besitze berechtigt ist."

Aehnlich urteilt Biermann:[19]) „Der mittelbare Besitz hat die Tendenz, zum unmittelbaren zu werden; dies ist auch dann der Fall, wenn sich ein Grundstück in dauerndem Besitze eines Erbbauberechtigten befindet, man wird daher auch in diesem Falle dem Eigentümer mittelbaren Besitz zuerkennen dürfen."

Staudinger[20]) schliesslich meint: „Unter § 868 fällt auch der Erbbauberechtigte, da die Basis hier vorliegt, obwohl freilich die Zeitspanne hierbei eine sehr ausgedehnte ist."

All diese Ansichten können nicht überzeugend wirken! Insbesondere dürfte Gierke a. a. O. durch die vorhergehenden Ausführungen widerlegt sein. Es mögen noch Strohal[21]) und Kniep[22]) gehört werden. Ersterer sagt: „Man darf den Eigentümer des Grundstücks rücksichtlich des vom Erbbauberechtigten durch den Bau oder das sonstige Werk in Anspruch genommenen Grundes als mittelbaren Eigenbesitzer gewiss dann betrachten, wenn das Erbbaurecht — was möglich ist — nur „auf Zeit" (§ 868) bestellt worden ist." Kniep[23]) führt aus: „Es unterliegt keinem Zweifel, dass wir den Erbbauberechtigten als Sachbesitzer zu betrachten haben. Derjenige, welcher das Erbbaurecht einräumte, erlangt jedenfalls dann mittelbaren Besitz, wenn eine auflösende Bedingung hinzugefügt wurde oder die Einräumung bis zu einer bestimmten Zeit erfolgte. Aber auch wo ein Erbbaurecht von ganz unbeschränkter Dauer bewilligt wurde, dürften immerhin einige Besitzesbe-

---

[17]) Vgl. Ernst a. a. O. S. 28.

[18]) Planck, vgl. Sachenrecht 1904. S. 62.

[19]) Vgl. Sachenrecht, 1903. S. 34.

[20]) Vgl. Sachenrecht, 907, S. 55.

[21]) Vgl. a. a. O. S. 35. A. 38.

[22]) a. a. O. S. 135 ff; vgl. auch Klein S. 70.

[23]) Kniep, S. 16 hält wegen der zeitlichen Begrenzung der Besitzberechtigung- oder Verpflichtung in § 868 die Bezeichnung „Zeitbesitz", „Zeitbesitzer" für zutreffend. Den Gegensatz würde bilden „Dauerbesitz", „Dauerbesitzer".

fugnisse für den Besteller übrigbleiben, so dass wir ihm den mittelbaren Besitz nicht absprechen können. Es kommt hier alles auf den Inhalt des Begründungsvertrages an, dem für die verschiedenartigsten Möglichkeiten ein weiter Spielraum gelassen ist."

Strohal wie Kniep muss erwidert werden, dass weder bei resultiv-bedingtem noch befristetem Erbbaurecht[24]) mittelbarer Besitz entstehen kann, da das Rechtsverhältnis seinem juristischen Wesen nach einem dauernden Zweck, wie oben gezeigt, erfüllen soll und seine Natur nicht die typische Eigentümlichkeit aufweist,[25]) eine Sache nur vorübergehend in unmittelbarem Besitze einer Person zu belassen. Deshalb ist es zum Besitzmittlungsverhältnis beim Erbbaurecht ebenso ungeeignet, wie dies bei resolutiv bedingtem oder befristetem Eigentum der Fall sein würde.

Dieselben Gründe, welche zur Ablehnung des Erbbauberechtigten als Besitzer „auf Zeit" führen, gelten auch für den Erbpächter.[26])

Dagegen wird Planck[27]) mit Recht behaupten können, dass der Wohnungsberechtigte (BGB. § 1093) mittelbaren Besitz vermittelt. Sein Recht gleicht dem des Niessbrauchers, das auch seiner Natur nach, wie aus dem Gesetz erhellt, (§ § 1093, 1090, 1061), „auf Zeit" berechnet ist; es erlischt mit dem Tode des Berechtigten.

In diesem Zusammenhange hält noch Ernst[28]) in folgenden beiden Fällen mittelbaren Besitz für vorliegend: Jemand vermietet seine Villa für die Dauer seines Lebens. Hier ist ihm gegenüber der Mieter „an und für sich" auf Zeit zum Besitze berechtigt, aber nicht zeitlich beschränkt, er besitzt ja mindestens ebenso lange. — Der andere Fall: Die Verwaltung seines Erbes hat jemand für seine Lebenszeit einem Testamentsvollstrecker übertragen (§ 2238 BGB.). Auch dieser ist ihm gegenüber nicht zeitlich beschränkt zum Besitze berechtigt.

So kommt Ernst zu dem Schluss, und ihm ist nur zuzustimmen, dass „auf Zeit" nicht relativ, nicht in Beziehung auf den mittelbaren Besitz, im Sinne von „kürzer als der mittelbare

---

[24]) Dass für „Erb"pacht, wie für „Erb"baurecht ein Endtermin festgesetzt werden kann, erkannte schon das römische Recht, indem es für die Zeit, für welche die Bestellung einer Superfizies erfolgen sollte, eine Minimalgrenze festsetzte. (1, 1 § 38 D. 43, 18).

[25]) Vgl. Strauss, S. 19.

[26]) Vgl. Art. 63, E. G. BGB.; a. M. wiederum Planck u. Staudinger a. a. O.

[27]) Vgl. Sachenrecht 1904, S. 62.

[28]) Vgl. Ernst, S. 28, 29.

Besitz", sondern absolut zu verstehen ist. — Erforderlich ist eben nur, dass der Besitz des unmittelbaren Besitzers überhaupt eine Zeitgrenze hat, mag er auch den mittelbaren Besitz überdauern!

Andererseits wird natürlich auch die kleinste Zeitspanne der Berechtigung genügen, vorausgesetzt, dass der Verkehr die Inhabung währenddessen wirklich als tatsächliche Gewalt betrachtet und in ihr nicht nur eine augenblickliche Detention erblickt![29]) Thiesing[30]) geht sogar soweit, dass er das Kriterium des „ähnlichen Verhältnisses" in § 868 lediglich auf den zeitlich begrenzten Besitz abstellen will. Wie aus den weiteren Ausführungen hervorgehen wird, kann man aber dieser Ansicht nicht zustimmen. Denn sie will die „Aehnlichkeit" eines Verhältnisses der vom § 868 verlangten Art lediglich in der im Relativsatz erwähnten „Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitze auf Zeit" erblicken. Damit käme man aber zu dem eigentümlichen Ergebnis, dass ein jeder vermittelnder Besitzer wäre, der einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist.!

§ 5.

Mittelbarer Besitz ist also nur dann vorhanden, wenn das zeitige Recht oder die zeitige Pflicht zum unmittelbaren Besitz nach Ablauf einer Frist ihr Ende nehmen. Doch reichen zeitliche Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitze allein zur Verschaffung mittelbaren Besitzes nicht aus. Vielmehr muss zu diesen Erfordernissen als drittes noch ein den Beispielsfällen in § 868 „ähnliches" Verhältnis hinzukommen. Was will der Gesetzgeber unter dem verallgemeinernden Ausdruck „oder in einem ähnlichen Verhältnisse" verstanden wissen?

Als allgemeine Bemerkung sei vorausgeschickt, dass das Verhältnis der Besitzberechtigung oder -Verpflichtung zur Grundlage dienen muss, der unmittelbare Besitzer muss die Sache „in einem Verhältnisse" bestimmter Art besitzen. Deshalb besitzt nicht etwa jemand eine Sache als Verwahrer, wenn er aus irgend einem Grunde einem anderen zur Verwahrung verpflichtet oder für die Verwahrung verantwortlich ist, wie z. B. der Verkäufer bis zur Uebergabe der verkauften Sache.[1]) Hier ent-

---

[29]) Aehnlich Reiss, S. 21.

[30]) a. a. O. S. 240 ff.

[1]) Vgl. Planck, a. a. O. S. 62.

springt die Besitzverpflichtung aus dem Eigentum, nicht aus dem Kaufvertrage. Es fehlt in diesem Falle wie auch in dem des Schenkers bis zur Uebergabe der geschenkten Sache an der Besitzbeziehung zwischen den Parteien.[2]) Dem Käufer wie Beschenkten gegenüber sind Verkäufer und Schenker für gewöhnlich nur zur Lieferung, nicht zum Besitze verpflichtet.

Andere Bemerkungen allgemeinerer Natur sind bereits oben gemacht worden. So wurde erwähnt, dass die Besitzmittlungsverhältnisse im § 868 nicht notwendig auf Vertrag zu beruhen brauchen. Auch richterliche Anordnung (z. B. der gerichtlich bestellte Verwahrer, der Testamentsvollstrecker) oder das Gesetz selbst (z. B. der eheliche Nutzniesser nach § 1373 BGB., der elterliche Gewalthaber) kann dem unmittelbaren Besitzer zu seinem Besitz dem andern gegenüber selbst wider dessen Willen verhelfen.

Auch wird bei einem „ähnlichen Verhältnis“ nicht, wie Staudinger[3]) sagt, die gemeinsame Voraussetzung darin liegen, dass der Besitz notwendig gerade von dem mittelbaren Besitzer an den unmittelbaren Besitzer als Besitzmittler gekommen sein muss. Wenn Staudinger sich mit dieser Ansicht auf eine bekannte Entscheidung des Reichsgerichts[4]) stützt, so übersieht er, dass nach jener sowohl wie nach den § § 941, 986, 991, BGB. der unmittelbare Besitzer nicht seinen Besitz, sondern sein Recht zum Besitze von dem anderen ableiten muss. So stimmt denn auch Biermann[5]) der Meinung Plancks[6]) zu, dass der vermittelnde Besitzer sein Recht oder seine Verpflichtung zum Besitz von dem mittelbaren Besitzer ableiten müsse. Man darf der Staudingerschen Ansicht[7]) — der unmittelbare Besitzer müsse auch seinen Besitz vom mittelbaren Besitzer ableiten — nicht folgen. Eine derartige Ausdehnung des Ableitungsbegriffes würde zu weit gehen! Dies ergibt sich schon aus der Erwägung, dass die Sache nicht unbedingt aus dem Besitz des anderen an den unmittelbaren Besitzer zu kommen braucht, wie z. B. bei jedem mittelbaren Besitzerwerb durch const. poss., bei dem der unmittelbare Besitzer seinen Besitz nicht vom mittelbaren Besitzer ableitet, son-

---

[2]) Vgl. Leonhard, a. a. O. S. 73; Strohal S. 19 Anm. 26; Staudinger a. a. O. S. 54. u. ferner die oben über diesen Punkt gemachten Ausführungen.

[3]) Vgl. Staudinger, a. a. O. S. 52.

[4]) R. G. Entsch. Bd. 49. S. 173.

[5]) Vgl. a. a. O. S. 35.

[6]) Vgl. a. a. O. S. 62.

[7]) Aehnlich wie Staudinger auch Thiesing, S. 247.

dern von sich selbst. Er war ja schon Besitzer vor der Vereinbarung des Besitzmittlungsverhältnisses.

Uns beschäftigt hier besonders die Frage, worin das Charakteristische der vom § 868 verlangten „ähnlichen Verhältnisse“ zu erblicken ist, worin also die „Aehnlichkeit“ gesucht werden muss.

Die Verhältnisse müssen „ähneln“ denen des Niessbrauchers, Pfandgläubigers, Pächters, Mieters oder Verwahrers. Welche Merkmale sind diesen allen gemeinsam? Es könnte zweifelhaft sein, die gemeinsame typische Aehnlichkeit der sämtlichen Anwendungsfälle lediglich in dem Relativsatz des § 868, also der auf Zeit gestellten Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitze, mithin einschränkend, zu finden ist, oder ob noch eine weitere Aehnlichkeit vorhanden sein muss, die als gemeinsames Merkmal „aus dem vom Gesetze angeführten besonderen Fällen mittelbar zu abstrahieren ist?“[8]) Mit Staudinger werden wir letzteres als das richtige anzunehmen haben. Denn das Gesetz selbst betont in den §§ 941, 986, 991, dass der unmittelbare Besitzer von dem mittelbaren seinen Besitz ableitet — also ein engerer Begriff, wie Staudinger[9]) sagt, als er in jenem Relativsatze, allein betrachtet, enthalten ist. Auch die Entstehungsgeschichte und der Zweck des § 868 deuten auf diese Auslegung hin.[10]) Ferner sind doch der Niessbraucher und der Pfandgläubiger als dinglich Berechtigte nicht nur dem mittelbaren Besitzer, sondern jedem Dritten gegenüber berechtigt,[11]) während zweifellos nur der Eigentümer, welcher das Recht bestellt hat, als mittelbarer Besitzer neben ihnen gelten kann. Es muss noch eine weitere Aehnlichkeit vorhanden sein. Hätte das Gesetz diese durch den nachfolgenden Relativsatz erschöpfend festlegen, m. a. W. durch den Relativsatz die Begriffsbestimmung des „ähnlichen Verhältnisses“ schaffen wollen, so würde man dem Gesetz zutrauen, dass es, wie Thiesing[12]) sagt, den Begriff „ähnlich“ allzusehr verflüchtigt und ihn als synonym mit „sonstig“[13]) oder „ein

[8]) Vgl. Staudinger a. a. O. S. 51.

[9]) a. a. O.; Staudinger fasst jedoch, den Begriff des Ableitens zu eng.

[10]) Vgl. Prot. III. S. 218 ff.

[11]) Vgl. Leonhard, Vertretung, S. 73; ebenso Reiss, S. 23.

[12]) Vgl. Thiesing, S. 245; Gradenwitz, Wortverzeichnis zum BGB. S. 133.

[13]) In Prof. III. S. 225 war, wie die Verweisung auf Antrag 7 zeigt, die Fassung des jetzigen § 868 auf „sonstige Rechtsverhältnisse“ abgestellt; die Redaktionskommission (Prot. IV. S. 584) hat dies aber in „ähnliche Verhältnisse“ abgeändert.

anderer“ behandelt habe. Dieser Vorwurf würde Isay[14]) treffen, der als das Entscheidende für die Aehnlichkeit das Besitzen auf Grund eines Verhältnisses, vermöge dessen der Besitzer einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, also den Inhalt des Relativsatzes ansieht.[15]) Den Ausdruck „ähnlichen“ hat der Gesetzgeber aber nicht ohne Grund gewählt; er wollte ihm wie den „ähnlichen“ im § 855 eine selbständige Bedeutung[16]) zumessen und damit ein ferneres Begriffsmoment für eine weitere Gruppe von Fällen schaffen, die nicht begrifflich in jeder Beziehung den vom Gesetz genannten Einzelverhältnissen gleichgeartet sind.

Schon aus diesen Erörterungen ergibt sich, dass der Gesetzgeber uns in dem „ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen“ wohl ein Prinzip geschaffen, seine genaue Formulierung jedoch umgangen und eine nähere Charakterisierung desselben der Literatur überlassen hat!

Eine vereinzelte Ansicht über das Erfordernis der verlangten Aehnlichkeit tritt uns bei Leonhard[17]) entgegen, der das „tertium compartionis“ unter den vom § 868 genannten Fällen darin sieht, dass der unmittelbare Besitzer stets aus dem Vermögen des mittelbaren Besitzers erworben haben müsse. „Immer erwirbt der Besitzmittler den Besitz auf Kosten des fremden Vermögens; immer bringt der mittelbare Besitzer ein Vermögensopfer. Dies Opfer ist in den meisten Fällen (man denke an Niessbrauch, Pfandrecht,) die Ueberlassung dieses Besitzes; es kann aber auch in einer anderen Vermögensminderung bestehen, z. B. darin, dass er eine Forderung verliert, oder eine Schuld erlangt. Das erste liegt vor, wenn der Bevollmächtigte eine Forderung einzieht — das letztere, wenn er eine Sache im Namen des Herrn kauft und sich übergeben lässt.“

An einer anderen Stelle[18]) präzisiert er seinen Gedanken noch genauer: „Mittelbarer Besitzer einer Sache ist also nur

---

[14]) Vgl. a. a. O. S. 275.

[15]) Auch Kniep, a. a. O. S. 10 ff; S. 108 ff; S. 167 stimmt im wesentlichen Isay zu. Pudor, Der Vorbehalt d. Eigentums, S. 61 ist gleichfalls u. Ansicht, und führt aus, dass es selbstverständlich zahlreiche Fälle gäbe, die absolut nichts mit den ausdrücklich aufgeführten Fällen des § 868 zu tun haben, obwohl sie von der hier in dem Relativsatz bezeichneten Art sind.

[16]) Vgl. Planck, a. a. O. § 868 2b.

[17]) Vgl. Leonhard, Vertretung. S. 61.

[18]) Vgl. a. a. O. S. 73.

der, auf dessen Kosten sie in dem Besitz eines auf Zeit zum Besitze Berechtigten oder Verpflichteten gelangt ist.“[19])

Der Ansicht Leonhards hat sich auch Staudinger[20]) angeschlossen. Der Besitz und der Erwerb des unmittelbaren Besitzers, sagt er, stellt sich für die Regel so zu sagen als ein Vermögensstück des mittelbaren Besitzers dar: Der unmittelbare Besitzer erwirbt immer auf Kosten des Vermögens des mittelbaren Besitzers, sei es eben den Besitz selbst oder dass eine andere Vermögensminderung für den mittelbaren Besitzer eintritt, z. B. er verliert eine Forderung, wenn der Bevollmächtigte sie einzieht, oder er wird schuldig, wenn der Bevollmächtigte eine Sache im Namen des Vollmachtgebers kauft und sich übergeben lässt.

Leonhard wie Staudinger ist jedoch zu entgegnen, dass sie in der Aufstellung dieses Erfordernisses keine glückliche Hand gezeigt haben. Wenn sie dies wirtschaftliche Element dem mittelbaren Besitz anheften wollen, so übersehen beide, dass die Ueberlassung des Besitzes durchaus nicht immer ein Vermögensopfer darstellt. So kann z. B. von einer Vermögenseinbusse keine Rede sein, wenn der Depositar die ihm zur Aufbewahrung übergebene Sache mit Einwilligung des Deponenten bei einem Dritten hinterlegt und dadurch nach § 871 selbst mittelbarer Besitzer wird. Besonders überzeugend wirkt hier aber der Fall, dass der mittelbare Besitzerwerb des Verpächters, wenn der Pächter eines Gutes neue Inventarstücke anschafft, sich keineswegs als eine Vermögensminderung, sondern im Gegenteil als Vermögenszuwachs darstellt.[21]) Oder man denke an andere Fälle, wie an den der Leihe oder daran, dass jemand Kostbarkeiten oder Wertpapiere während seiner Abwesenheit einer Bank zur Aufbewahrung übergibt! Desgleichen ist zwar der Geschäftsherr mittelbarer Besitzer geworden, aber ein Vermögensopfer hat er nicht erlitten, wenn z. B. „der Bevollmächtigte ein indebitum einkassiert oder wenn etwa der von ihm abgeschlossene Kauf nichtig ist und also die actio venditi gar nicht entsteht.“[22]) Wenn die Beispiele des Gesetzbuchs sich auch sämtlich auf Fälle beziehen, in denen die Sache dem unmittelbaren Besitzer nicht gehört, kann deshalb die Vermögensminderung doch nicht als Begriffsmerkmal mittelbaren Besitzes in Betracht

[19]) Vgl. auch Kober-Staudinger, 1903 a. a. O. S. 34; Greiff-Planck, Sachenrecht III. Auflage, S. 55; Matthiass, Bd. II 1900 S. 8.

[20]) Vgl. Staudinger a. a. O. S. 52.

[21]) Vgl. Strauss, a. a. O. S. 35.

[22]) Vgl. Isay, a. a. O. S. 275; vgl. ferner Weidemann a. a. O. S. 18; in krit. Vierteljahrsschr. Bd. 44. S. 421 scheint dagegen Leonhard merkwürdigerweise seine Ansicht zu ändern!

kommen. Dies verhindert schon die Erwägung, dass in den meisten Fällen, in denen sich jemand den Besitz einer Sache aus dem Vermögen eines anderen verschafft hat, dieser andere den Besitz verliert und in der Regel nicht mittelbarer Besitzer bleiben wird. Die Vorstellung, die Ueberlassung des Besitzes in jedem Falle als ein Vermögensopfer anzusehen, würde sicherlich anfechtbar sein![23]) Die Aehnlichkeit sämtlicher in § 868 als Beispiel genannten Verhältnisse wird vielmehr darin zu suchen sein, dass der mittelbare Besitzer den dort genannten Personen (Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer) den Besitz auf Zeit überlassen, „auf Zeit anvertraut“ hat. Aufgabe des folgenden Abschnittes soll es sein, den Beweis hierfür zu erbringen.

§ 6.

„Ueberall dort, wo dem unmittelbaren Besitzer ein mittelbarer Besitzer gegenübersteht“, führt Strohal[1]) aus, „hat der erstere den ihm zukommenden Besitz als einen ihm von dem letzteren auf Zeit anvertrauten zu behandeln.“ Man muss sich jedoch davor hüten, dieses Strohal'sche „anvertraut sein“ zu eng aufzufassen. Wie weiter unten zu zeigen sein wird, erschöpft sich dieser Begriff in zwei wesentlichen Merkmalen: Der unmittelbare Besitzer muss sein Recht zum Besitz von dem mittelbaren Besitzer ableiten, und ferner muss dem mittelbaren Besitzer gegen den unmittelbaren ein wenn auch noch nicht fälliger Herausgabeanspruch zustehen. Strohal selbst hat wohl das letztere Merkmal in seinem Begriff nicht mithineinziehen wollen. Wollte man es aber fortlassen, so käme man zu derselben missverständlichen Auffassung des „anvertraut sein“, wie Endemann,[2]) dass nämlich mittelbarer Besitz nur durch Nachfolge des unmittelbaren Besitzers in den Besitz, niemals aber originär durch eine Handlung des Besitzmittlers entstehen könnte. In seinen späteren Ausführungen[3]) scheint dann Endemann mit sich selbst in Widerspruch zu geraten, wenn er erklärt, der mittelbare Besitz würde sofort für den Geschäftsherrn erworben werden, sobald der Beauftragte die Sachgewalt erlangt habe und wenn er ferner einen Erwerb des mittelbaren Besitzes originär durch eine Handlung des unmittelbaren Besitzers dadurch aner-

---

[23]) Vgl. Isay, a. a. O.

[1]) Vgl. Strohal, Sachbesitz, S. 20.

[2]) a. a. O. S. 127. Anm. 8.

[3]) a. a. O. S. 162 ff; S. 123.

kennt, dass er den Erwerb mittelbaren Besitzes für den Mündel durch Vormund und Pfleger, ferner durch den Testamentvollstrecker zulässt. Mit Recht erblicken deshalb Biermann[4]) und Staudinger[5]) in dem „anvertraut sein", wie es Endemann interpretiert, eine zu enge Auslegung. Durch eine solche würde, wie auch Leonhard[6]) zweifellos und zwar mit Recht betont, die Bedeutung des mittelbaren Besitzes sehr herabgemindert werden. Diese Auffassung widerspricht aber vor allem direkt den Bestimmungen des Gesetzes, wie ein Blick auf das Pachtverhältnis zeigt. Die neu angeschafften Sachen könnte der Verpächter eines Gutes nicht einfordern, wenn sie verloren gingen; er könnte sie auch nicht ersitzen. Er wäre nur mittelbarer Besitzer der Sachen, die bei der Uebergabe des Gutes vorhanden waren. Auch würden dem Pächter nicht die Einreden aus dem Rechte des Verpächters zur Seite stehen, wenn er vom Eigentümer verklagt würde. Nach § 588 Abs. 2 wird der Verpächter Eigentümer derjenigen Stücke, die der Pächter dem Inventar neu einverleibt; er muss doch also auch mittelbarer Besitzer derselben werden. Oder sollte man hier für den mittelbaren Besitz zwischen den ursprünglich vorhandenen Gegenständen und den später angeschafften unterscheiden, jene soll der Verpächter zu ersitzen und mit der Besitzklage zu verteidigen in der Lage sein, diese nicht, während sie doch alle gleichermassen in seinem Eigentum stehen? Das hiesse doch der Schikane Tür und Tor öffnen![7]) Recht und Billigkeit erfordern es vielmehr, dass mit der Einverleibung der Verpächter sowohl Eigentümer wie mittelbarer Besitzer wird Wie bei der Pacht verhält es sich beim Niessbrauch und der Verwahrung. Auch bei dieser braucht der unmittelbare Besitzer seinen Besitz nicht von dem mittelbaren Besitzer direkt empfangen zu haben. So wird dies z. B. nicht der Fall sein, wenn der Bankier für seinen Kunden Wertpapiere kauft und sie in Verwahrung nimmt. Hier vermittelt er nach § 868 Besitz, ohne ihn vom mittelbaren Besitzer erlangt zu haben; vielmehr hat er für letzteren den mittelbaren Besitz originär erworben.

---

[4]) a. a. O. S. 35.

[5]) a. a. O. S. 52.

[6]) Auch Leonhard kann mit dem Erfordernis des „anvertraut sein" zu keinem günstigen Resultat gelangen, weil er eben diesen Ausdruck zu eng auslegt; vgl. seine Ausführungen S. 61 u. 72; vgl. auch Kniep, S. 153: „Nichts nötigt uns indessen, die Anvertrauung als ein wesentliches Erfordernis des mittelbaren Besitzes aufzustellen, vgl. ferner Cosack, BGB. Bd. II 1901 S. 67; Frunke 1903, S. 29; Matthias, S. 8; Wendt a. a. O. S. 46; Thiesing, a. a. O. S. 246.

[7]) Vgl. Leonhard, a. a. O. S. 61; Reiss, S. 24.

Endemann glaubte, die geschilderten Konsequenzen aus dem Strohal'schen „anvertraut sein" ziehen zu können und gelangte dadurch zu jenen unhaltbaren Ergebnissen. Wenn wir uns vor demselben Resultat hüten wollen, müssen wir deshalb jenem Ausdruck eine umfassendere Bedeutung zuerkennen.

Dass der mittelbare Besitz durch originäres Besitzergreifen seitens des unmittelbaren Besitzers entstehen kann, ist bereits gezeigt worden. Das Anvertrauen kann also von dem mittelbaren Besitzer erfolgt sein, doch ist dies nicht notwendig. So kann in obigem Beispiel der Bankier in seinem Besitz einen anvertrauten sehen, obwohl er ihn von dritter Seite her erwirbt. Beide, der Bankier und sein Kunde, erlangten zu gleicher Zeit Besitz, der eine unmittelbaren, der andere mittelbaren. Als der Bankier den Besitz der Wertpapiere erlangte, handelte er als Vertreter seines Kunden in dessen Auftrag. Aus dieser Vertretungsmacht heraus darf der Bankier seinen erworbenen Besitz als einen solchen ansehen, der ihm vom Vertretenen „anvertraut" ist. Auf wie lange dies der Fall sein wird, kommt auf den zugrunde liegenden Verwahrungsvertrag an.

Auch im Fall des § 930, beim constitutum possessorium, ist das Besitzverhältnis durchaus gleichgeartet, auch hier ist dem unmittelbaren Besitzer von dem anderen, dem mittelbaren Besitzer, der Besitz auf Zeit überlassen, „anvertraut" worden, obwohl sich der Besitz bereits vor Entstehung des Doppelbesitzes in der Hand des unmittelbaren Besitzers befunden hatte. Die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses mit dem nunmehrigen mittelbaren Besitzer liess den bisherigen alleinigen Besitzer zum Besitzmittler werden. Auch andere Fälle gehören hierher, bei denen vielleicht im ersten Augenblick von einem „anvertraut sein" nicht die Rede zu sein scheint. Und doch ist es so! So gibt das Gesetz (§ 2205) dem Testamentsvollstrecker das Recht, den Nachlass in Besitz zu nehmen. Der Testamentsvollstrecker ist hier der unmittelbare, der Erbe der mittelbare Besitzer. Ein anderes Beispiel: Nach § 1373 ist der Mann berechtigt, die zum eingebrachten Gute der Frau gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen. Der Mann ist unmittelbarer Besitzer, während der Frau der mittelbare Besitz gebührt. Hier sei schliesslich noch an die elterlichen Gewalthaber gedacht, welche als unmittelbare Besitzer dem Kinde den Besitz an den zum unfreien Kindesvermögen gehörenden, von ihnen in Besitz genommenen Sachen vermitteln (vgl. BGB. §§ 1627, 1638, 1649, 1684 ff.). In allen diesen Fällen kann man von einem „anvertrauten" Besitz sprechen. Wenn der Testamentsvollstrecker sich den Besitz an den Nachlasssachen, der Ehemann den Besitz an den zum eingebrachten Gut gehörenden Gegenständen, die Eltern den Besitz an dem unfreien Vermögen der Kinder verschaffen, so kön-

nen sie dies sämtlich nur tun, weil ihnen der Richter bezw. das Gesetz diesen Besitz „anvertrauen". Von einem Erwerb kraft eigenen Rechtes kann hier keine Rede sein![8]) Richter oder Gesetz handeln vielmehr für den mittelbaren Besitzer, der selbst wider seinen Willen den dem unmittelbaren Besitzer überlassenen Besitz respektieren muss.

So lässt denn auch Strohal mittelbaren Besitz dann erworben sein, wenn sich jemand als Vertreter eines anderen unmittelbaren Besitz verschafft. Er sagt ausdrücklich:[9]) „Ein Verhältnis mittelbaren Besitzes kann sich ergeben, indem jemand als Vertreter eines anderen Besitz derart erwirbt, dass er hierbei den unmittelbaren Besitz für sich selbst erlangt und dem Vertretenen somit nur mittelbaren Besitz verschaffen kann." Freilich hätte Strohal besser getan, seinem „anvertraut sein" eine andere Formulierung zu geben. So hätten sich jene Irrtümer vermeiden lassen, wenn er, statt zu betonen: „Der unmittelbare Besitzer hat den ihm zukommenden Besitz als einen ihm von dem mittelbaren, von dem anderen auf Zeit anvertrauten zu behandeln", gesagt hätte: Der Besitz des unmittelbaren Besitzers stellt sich als ein ihm anvertrauter dar, er ist ein anvertrauter.[10]) „Anvertrauender" und mittelbarer Besitzer brauchen also, wie oben gezeigt, durchaus nicht identisch zu sein.

§ 7.

Der Ausdruck „anvertraut" enthält als charakteristisches Merkmal insbesondere die Tatsache, dass der unmittelbare Besitzer sein Recht oder seine Pflicht zum Besitz von dem mittelbaren Besitzer ableitet. Diesem Gedanken gibt Strohal[1]) Ausdruck, indem er ausführt, dass in allen von § 868 beispielsweise genannten Fällen der unmittelbare Besitzer den Besitz vom bisherigen Besitzer auf Zeit überlassen, anvertraut erhalten habe; und „dass dieser Umstand, vermöge dessen der gegenwärtige, unmittelbare Besitzer sein nur zeitliches Recht zum Besitz von dem Ueberlassenden ableitet, den letzteren zum mittelbaren Besitzer mache." In jenem Umstand des „Ableitens"

---

[8]) a. M. Leonhard, S. 61.

[9]) Vgl. Strohal a. a. O. S. 21c.

[10]) Die Wendung: „Er ist ein anvertrauter" hält Ernst a. a. O. S. 32 für zutreffend.

[1]) Vgl. a. a. O. S. 22, 23.

findet auch Planck,[2]) der Hauptvertreter dieser Meinung, das tertium comparationis für die Aehnlichkeit eines Verhältnisses, das den Beispielsfällen des § 868 entsprechen solle. Es muss sich nach ihm um ein Verhältnis handeln, vermöge dessen der Besitzer ebenso wie der Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer sein Recht oder seine Verpflichtung zum Besitze von einem anderen ableitet. Dieses Merkmal setzt das Gesetz selbst, wie Planck ausführt, als allen Fällen des mittelbaren Besitzes gemeinsam voraus. Aehnlich urteilt Biermann,[3]) dem die Aufstellung jenes Erfordernisses „am annehmbarsten" für ein ähnliches Verhältnis zu sein scheint. Dieser Standpunkt entspricht auch nur der Terminologie des Gesetzes. So sagt § 941:

. . . . . gegen den Besitzer, der sein Recht zum Besitz von dem Eigenbesitzer ableitet;

§ 986:

. . . . . der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet;

§ 991 schliesslich:

Leitet der Besitzer das Recht zum Besitze von einem mittelbaren Besitzer ab . . . . .[4]).

Auch das Reichsgericht hat sich auf diesen Standpunkt gestellt. Seine Entscheidung[5]) verlangt für ein „ähnliches Verhältnis", „dass durch ein konkret bestimmtes obligatorisches oder infolge von Bestellung eines dinglichen Rechtes an der Sache entstandenes dingliches Rechtsverhältnis ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des sein Recht zum Besitze von dem anderen ableitenden unmittelbaren Besitzers begründet sei."

In den obigen Gesetzbestimmungen und auch vom Reichsgericht ist sorgfältig betont worden, dass der unmittelbare Besitzer wohl sein Recht oder seine Pflicht zum

---

[2]) Vgl. a. a. O. S. 62.

[3]) Vgl. a. a. O. S. 35; vgl. auch Gärtner, a. a. O. S. 148; Recht, 1901 S. 619; Sörgel, Rechtspr. 1900/01 § 868b; Thiesing, S. 246 ff.

[4]) Es könnte vielleicht wunderbar erscheinen, dass das Gesetz in diesen § § nur von dem Recht, nicht auch von der Pflicht zum Besitze spricht, die der Besitzer ableitet. Man beachte jedoch die oben gemachten Ausführungen, wie Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitze miteinander korrespondieren; man denke auch nur an das Beispiel des Verwahrers und daran, dass § 868 ausdrücklich auch die Pflicht zum Besitze erwähnt.

[5]) R. G. Entsch. Bd. 49 S. 173.

Besitze von dem mittelbaren Besitzer ableiten müsse, nirgends aber ist von „abgeleitetem Besitz“ die Rede.[6]) Wendt[7]) geht deshalb zu weit, wenn er sagt, „dass von abgeleitetem Besitz demnächst mit voller Berechtigung des Worts wird gesprochen werden dürfen, da sich das Gesetzbuch selbst des letzteren bedient.“ Den Beweis für diese Behauptung ist er schuldig geblieben.[8]) Unter Ableitung des Rechts zum Besitze muss man doch wohl etwas anderes verstehen, als unter abgeleitetem Besitz; beides sind ganz verschiedene Dinge.[9]) So bekämpft Strohal die Bezeichnung des unmittelbaren Besitzes als eines „abgeleiteten“ mit Recht.[10]) Auch müsste dadurch, dass man das abgeleitete „Recht zum Besitz“ und den „abgeleiteten Besitz“ in einen Topf wirft, das Resultat erzielt werden, zu dem Staudinger[11]) gelangt, dass nämlich der unmittelbare Besitzer auch seinen Besitz von den mittelbaren Besitzer ableiten müsse.[12]) Diese Ansicht muss aber, wie oben gezeigt worden,[13]) als zu eng abgelehnt werden.

Ferner haben wir bei der Erörterung über das „anvertraut sein“ ausgeführt, dass auch Vormund und Testamentsvollstrecker ihren Besitz als einen „anvertrauten“ ansehen können, weil ihnen auf Grund des Gesetzes, das in diesem Falle Mündel und Erben vertritt, der Besitz überlassen, „anvertraut“ wird. Man kann deshalb sagen, dass beide ihr „Recht zum Besitz“ von dem Anvertrauenden herleiten. Diesen Standpunkt

[6]) Thoma, Bedeutung des Besitzwillens, S. 71 spricht irrtümlich von „abgeleitetem Besitz.“

[7]) Vgl. Wendt a. a. O. S. 44.

[8]) Auch kann die Bezeichnung „abgeleiteter Besitz“ irreführend wirken. Sie deckt sich mit einem Ausdruck, den Savigny für gewisse Fälle des gemeinrechtlichen Besitzes geprägt hat und könnte verleiten, die Scheidung jedweden Besitzes in Eigenbesitz und abgeleiteten Besitz, welche Savigny für das gemeine Recht anwandte, in das Besitzrecht des BGB. hineinzutragen. (vgl. auch Wildt, S. 45).

[9]) Vgl. Strohal, a. a. O. S. 26.

[10]) Vgl. Matthiass, a. a. O. S. 8; Note 4.

[11]) Vgl. a. a. O. S. 52.

[12]) Vgl. hierzu das Resultat, zu dem Endemann a. a. O. S. 127 Anm. 8 hinsichtlich des Strohal'schen „anvertraut sein“ gelangt.

[13]) Vgl. die Ausführungen von Planck, a. a. O. S. 62. und Biermann a. a. O. S. 35, dass der unmittelbare Besitzer sein Recht oder seine Pflicht zum Besitze vom mittelbaren Besitze ableiten müsse. Staudinger (a. a. O. S. 52) selbst gibt dann zu, „dass es genügen müsse, dass das Besitz-Grundverhältnis als Ganzes und allgemein gedacht, von dem mittelbaren Besitzer sich ableitet.“ So will auch er dem Verpächter hinsichtlich der nachgeschafften Sachen seitens des Pächters ohne weiteres mittelbaren Besitz einräumen!

muss man auch Turnau und Förster gegenüber vertreten,[14]) die in dem Vormund lediglich den Repräsentanten der Person des Vertretenen sehen wollen. Nach ihrer Meinung könne der Vertretene als mittelbarer Besitzer deshalb nicht angesehen werden, weil der Vertreter seinen Besitz nicht von ihm ableite, dies aber nach richtiger Auffassung Voraussetzung des mittelbaren Besitzes sei. Nach unseren Ausführungen lässt sich diese Ansicht nicht halten; auch hier liegt eine Verwechselung von „Besitz“ und „Recht zum Besitz“ vor. Wollte man das Ableiten vom mittelbaren Besitzer dahin verstehen, als ob sich dieser vorher durchaus im Alleinbesitz der Sache befunden haben müsse, so würde man insbesondere die Bestimmung des § 870 BGB. ausser Acht lassen, wonach man den mittelbaren Besitz auf einen anderen durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übertragen kann. Man denke auch nur an das dann entsprechende eigentümliche Resultat beim Pachtverhältnis! Mittelbarer Besitz kann aber sehr wohl originär erworben werden! So führt auch Isay[15]) aus, es wäre nicht erforderlich, dass der unmittelbare Besitzer die tatsächliche Gewalt nun auch gerade von dem anderen erhalten habe. Sie kann ihm vielmehr auch von einem Dritten übertragen sein, vorausgesetzt, dass die Beziehung zu dem anderen die causa dieser Uebertragung war; sie kann endlich auch originär ergriffen sein, wieder vorausgesetzt, dass die Ergreifung auf jener Beziehung beruhte.[16]) Wenn jemand beim Buchhändler das viel erwähnte Buch brieflich kauft, aber gleichzeitig ihn bittet, es für ihn aufzubewahren (§ 930), so ist der Buchhändler als der unmittelbare Besitzer nicht in der Lage, seinen Besitz von dem Käufer als dem mittelbaren Besitzer abzuleiten. Er war ja schon Besitzer vor der Vereinbarung des Besitzmittlungsverhältnisses; seinen Besitz kann er deshalb nur von sich selbst ableiten. Anders verhält es sich hinsichtlich seines Rechts zum Besitze! Dies leitet er von dem Käufer als dem mittelbaren Besitzer ab.

Dass der unmittelbare Besitzer sein Recht zum Besitze von dem mittelbaren Besitzer ableiten müsse, verlangen auch Entstehungsgeschichte und Zweck[17]) des § 868, die ein Rechtsverhältnis, auf Grund dessen „die Macht des unmittelbaren Besitzers über die Sache von der des Oberbesitzers abgeleitet

---

[14]) T. u. F. Das Liegenschaftsrecht § 855 No. 3.

[15]) Vgl. a. a. O. S. 276; vgl. ferner Cosack, a. a. O. S. 71: Ein Besitzerwerb heisst „abgeleitet“ („derivativ“), wenn er, um gültig zu sein, das Vorhandensein eines anderen älteren Besitzes oder das Entstehen eines gleichalten neuen Besitzes voraussetzt.

[16]) Vgl. dagegen Endemann, a. a. O. S. 127 zu Note 8.

[17]) Vgl. Kommissionsprotokolle Bd. III. S. 218 ff; Kober, S. 52.

erscheint,“[18]) erfordern. Man kann behaupten, dass mittelbarer Besitz beim Fehlen des „Ableitens“ gar nicht vorhanden sein kann. Um mit Thiesing[19]) zu sprechen, würde man in diesem Falle (dem Fehlen des „Ableitens“) ja jeden, der die Herausgabe einer Sache von dem Besitzer nach Ablauf einer gewissen Zeit verlangen kann, zum mittelbaren Besitzer dieser Sache stempeln. Wenn dann aber Thiesing weiterhin behauptet,[20]) dass dann „auch der Käufer, dem der Verkäufer zu einem vereinbarten Termin das Kaufobjekt übergeben solle, als mittelbarer Besitzer anzusprechen sei, weil der Verkäufer bis zum Erfüllungstage noch zum Besitze berechtigt und auch wohl verpflichtet wäre“, so übersieht er, dass, wie oben ausgeführt, die Besitzverpflichtung des Verkäufers (Verwahrung) ja gar nicht aus dem Kaufvertrage, sondern aus dem Eigentum entspringt. Es fehlt in diesem Falle wie auch in dem des Schenkers bis zur Uebergabe der geschenkten Sache an der Besitzbeziehung[21]) zwischen den Parteien; dem Käufer wie Beschenkten gegenüber sind Verkäufer und Schenker für gewöhnlich, wie schon ausgeführt, nur zur Lieferung, nicht zum Besitze verpflichtet. Die Berechtigung der beiden letzteren zum Besitze ist schliesslich regelmässig eine dingliche, sie ist Beschenktem und Käufer wie auch jedem Dritten gegenüber gegeben.[22]) Der aus der Lieferungspflicht entspringenden Aufbewahrungspflicht brauchen Schenker und Verkäufer nicht notwendig persönlich zu genügen![23]) Schon aus diesen Gründen könnten in unserem Falle, ganz abgesehen von dem Fehlen des „Ableitens“, niemals Käufer[24]) oder Beschenkter als mittelbare Besitzer in Betracht kommen.

Die Konsequenzen unseres Standpunktes lassen es auch notgedrungen nicht zu, etwa in dem Finder einen vermittelnden Besitzer zu sehen. Diese Frage ist jedoch heiss umstritten, es sei deshalb hier kurz auf das „für“ und „wider“ eingegangen.

---

[18]) Vgl. Crome, S. 33; Kretzschmar, zu § 868 sub. 2c.

[19]) Vgl. a. a. O. S. 246.

[20]) Vgl. a. a. O. S. 246; ebenso Biermann, a. a. O. S. 35.

[21]) Vgl. hierüber, die Ausführungen bei Leonhard a. a. O. S. 73; Strohal, S. 19 Anm. 26; Staudinger, a. a. O. S. 54.

[22]) Vgl. ebenso Reiss, S. 27.

[23]) Vgl. hierüber im übrigen Leonhard a. a. O. S. 73; Wendt, a. a. O. S. 63 ff.

[24]) Beachtenswert sind hier die Worte Wendts a. a. O. S. 63, der sich nicht scheuen würde, dem Käufer in unserem Falle mittelbaren Besitz dann zuzubilligen, wenn die Vorschriften des römischen Rechtes über den Gefahrübergang und die mit diesem im Zusammenhang stehende costodia-Pflicht des Verkäufers vom BGB. übernommen worden wäre.

Wenn der Finder[25]) den Besitz an der Sache ergreift und fortsetzt, so tut er dies aus eigener Machtvollkommenheit. Das Gesetz berechtigt ihn ja dazu. Nicht aber stützt er sich dabei auf ein Rechtsverhältnis, das zwischen ihm und dem Verlierer besteht. Der die Stellung des Finders regelnde § 966 sagt zwar: „Der Finder ist zur Verwahrung der Sache verpflichtet." Damit behauptet das Gesetz aber noch nicht, dass der Finder als unmittelbarer Besitzer neben einem anderen als mittelbarem Besitzer anzusehen ist. Mit Recht bemerkt Leonhard,[26]) dass aus dem Wortlaut des § 966 nicht zu ersehen sei, dass der Finder, wie dies § 868 verlangt, zum Besitze verpflichtet wäre, denn er könne die Sache weitergeben, was bei der eigentlichen Verwahrung ausgeschlossen sei, oder an die Polizei abliefern. Die ihm vom Gesetz auferlegte Verwahrungs- oder Ablieferungspflicht an die Polizeibehörde kann also den Verlierer oder Eigentümer (wen? etwa sämtliche Empfangsberechtigte? fragt Thiesing[27]) mit Recht), noch nicht zum mittelbaren Besitzer nach § 868 (Verwahrung) machen. Weder ist nämlich die Klage des Verlierers gegen den Finder auf Herausgabe der Sache die actio depositi, sondern die dem Eigentümer zustehende rei vindicatio, § 972 BGB., noch ist die actio depositi contraria des § 693 mit den dem Finder aus den § § 970/72 zustehenden Ansprüchen identisch, und ihre Geltendmachung ist auch von jener wesentlich verschieden.[28]) Der Finder fällt auch nicht unter die Generalklausel des § 868, da er seine Pflicht zum Besitz nicht von dem Empfangsberechtigten ableitet. Letztere ist vielmehr nur dem Gesetz, nicht etwa dem Eigentümer gegenüber vorhanden. Denn in dem Augenblicke, in dem der Finder sich entschliesst, die einem anderen verloren gegangene Sache an sich zu nehmen, steht diese in niemandes Besitz, und die dem Finder gesetzlich auferlegte Pflicht zum Besitz (§ 966) kann daher auch nicht als eine von dem Verlierer abgeleitete betrachtet werden.[29]) Deshalb spricht auch Planck[30]) dem Verlierer nicht mittelbaren Besitz zu, weil „auch der redliche Finder sein Recht

---

[25]) Es ist hier natürlich nur von dem ehrlichen Finder die Rede; liegt Fundunterschlagung vor, so unterliegt es wohl keinem Zweifel, dass der Finder genau so wie der Dieb Alleinbesitzer wird.

[26]) Vgl. a. a. O. S. 72; ebenso Franke, S. 30.

[27]) Vgl. a. a. O. S. 247.

[28]) Vgl. Schwenk, S. 19.

[29]) Vgl. Strohal, S. 23.

[30]) Vgl. a. a. O. S. 63; a. M. Wendt, S. 62; Dernburg, S. 64; Bartels, S. 669; Bekker Aphorismen, S. 59; Kniep, S. 152; Windscheid-Kipp, Bd. I. S. 693.

zum Besitze nicht von ihm, sondern aus der Tatsache des Fundes der besitzerlosen Sache ableite.“ Ernst[31]) will in dem ehrlichen Finder in jedem Falle einen Geschäftsführer ohne Auftrag sehen, der wie dieser die Sache dem Geschäftsherrn herauszugeben, sie einstweilen zu verwahren habe (§ § 681, 667 BGB.), und der deshalb auch sofort dem Herrn resp. Verlierer Besitz vermittle; „stets“, sagt er, „leitet der ehrliche Finder seine Pflicht zum Besitz (966 BGB.) vom Verlierer ab.“ Ernst ist insofern zuzustimmen, als der ehrliche Finder tatsächlich Geschäftsführer ohne Auftrag ist. Denn das Gesetz, welches in § 966 zwar von der Pflicht zur Verwahrung spricht, verweist wider seine sonstige Gewohnheit nicht auf die § § 688 ff. Die Rechte und Pflichten des Finders enthalten vielmehr nicht unbedeutende Abweichungen von den Vorschriften des Verwahrers. So ist dem Finder die Anzeigepflicht (§ 965) auferlegt, seine Haftung erstreckt sich nur auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Der Verwahrer dagegen haftet nach § 690 bei unentgeltlicher Aufbewahrung für diligentia quam tuis, im übrigen aber nach allgemeinen Grundsätzen für jede Fahrlässigkeit.[32]) Jedoch gelangen wir zu einem anderen Resultat wie Ernst, weil auch das Recht des Geschäftsführers ohne Auftrag nicht als ein von dem Geschäftsherrn abgeleitetes erscheint, selbst dann nicht, wenn der Gestor erkennbar für den Geschäftsherrn handelt. Vielmehr müssen wir zunächst in dem Gestor einen Alleinbesitzer sehen. Soll aus ihm ein vermittelnder und aus dem Geschäftsherrn ein mittelbarer Besitzer werden, so bedarf es hierzu erst eines constitutum possessorium (§ 930).[33]) Wohl erlangt der Finder, wenn er sich nicht einer Fundunterschlagung schuldig machen will, den Besitz der Sache für einen anderen. Seine Absicht oder sein Wille, im Interesse eines anderen tätig zu werden, sind jedoch hier unerheblich, da es darauf beim Erwerb mittelbaren Besitzes wie beim Besitzerwerb überhaupt nicht ankommt. Tatsache ist, dass eine Pflicht des Finders zum Besitze dem Empfangsberechtigten gegenüber nicht vorhanden ist. Zwischen diesen beiden fehlt vielmehr jeder Zusammenhang.[34])

[31]) Vgl. a. a. O. S. 44.

[32]) Ebenso Fuchs, S. 13; vgl. auch Oberlandesger. Hamburg in R. O. L. G. Bd. 8; S. 113: „Wer eine verlorene Sache findet und in seine Obhut nimmt, besorgt damit ohne Auftrag und ohne besondere Berechtigung das Geschäft eines anderen, handelt mithin als Geschäftsführer ohne Auftrag.“

[33]) Vgl. Biermann, a. a. O. S. 37; Rehbein, Bd. I. S. 269; Isay, a. a. O. S. 278; Thoma, S. 80.

[34]) Wenn Planck a. a. O. S. 63 unter der Voraussetzung, dass der Geschäftsführer den Besitz im Namen des Geschäftsherrn erworben hat,

Wir werden deshalb notgedrungen den Finder als Alleinbesitzer im Sinne des § 854 zu erachten haben.[35]) Es ist beinahe unverständlich, wie Wendt[36]) neben dem Besitz des Finders noch den mittelbaren Besitz des Verlierers oder Eigentümers anerkennen will, obwohl, wie er selbst sagt, „ja nicht eigentlich der Finder seinen Besitz (Pflicht zum Besitz) von diesem ableitet". Ein mittelbarer Besitz kann nach Gierke nur vorliegen, wenn die (mittelbare) tatsächliche Gewalt, die Möglichkeit der Verfügung über die Sache, fortdauernd vorhanden ist. Diese Meinung Gierkes[37]) ist doch durchaus zutreffend! Sobald die Sache dem Verlierer abhanden kommt, sind doch auch, wenigstens vorläufig,[38]) seine Beziehungen zu der Sache gelöst, und die Trennung von seinem Eigentum stellt sich als eine tatsächliche und nicht rechtliche auf Gesetz oder Vereinbarung sich stützende dar, wie sie bei den Fällen des § 868 vorliegt. Wie gekünstelt erscheint es, wenn Wendt fortfährt, „dass das Finden den bisherigen Besitz in gewissem Sinne wiederherstelle, wenn schon nur als mittelbaren Besitz, getragen durch den Besitz des Erfinders".[39]) M. E. ist diese Auffassung ganz unhaltbar; das Gesetz hat sei-

---

meint, dass der Gestor sein Recht zum Besitze von dem Geschäftsherrn im Sinne des Gesetzes ableite und man deshalb dem letzteren mittelbaren Besitz zusprechen müsste, so gerät er mit sich in Widerspruch, wenn er unmittelbar darauf von einem mittelbaren Besitzverhältnis zwischen Finder und Verlierer nichts wissen will! Vgl. auch Biermann a. a. O.

[35]) Vgl. Strohal, S. 22 ff; Biermann, a. a. O. S. 35; Leonhard, Vertretung S. 72; Planck a. a. O. S. 63; Isay, S. 278; Enneccerus-Lehmann, Bd. 2 S. 14; Fischer-Henle 1902, § 868; Anm. 2; ferner Gärtner, S. 147 ff. und dort zitierte.

[36]) Vgl. a. a. O. S. 62.

[37]) Vgl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 7. Anm. 15; Meissner, a. a. O. S. 28.

[38]) Von dem Fall des § 856 Abs. 2 kann hier abgesehen werden.

[39]) Aehnlich wie Wendt a. a. O. urteilt auch Endemann, der solange der Ansicht war, dass dem Finder trotz seiner Pflicht zur Verwahrung die nach § 868 ausserdem erforderte rechtliche Verbindung fehle, wonach der Vertreter seinen Besitz sich erhalten hat durch das von ihm mit dem unmittelbaren Besitzer vereinbarte rechtliche Verpflichtungsverhältnis. Endemann hat jedoch seine Ansicht dahin geändert, dass der Finder die verlorene tatsächliche Gewalt wieder herstellt, die gefundene Sache bloss in Verwahrung hält (§ 966) bis zur Herausgabe an den Berechtigten oder zur Ablieferung an die Polizeibehörde (§ 969, 967) während dieser Zeit wäre der Finder Besitzmittler und schaffte für den Berechtigten damit mittelbaren Besitz. Vgl. Endemann, Berlin 1905 Bd. II § 32 Anm. 15 S. 164.

nen Worten: „Der Finder ist zur Verwahrung der Sache verpflichtet“ (§ 966), diesen Sinn niemals geben wollen!

Wendt kommt zu diesem Resultat auch nur, weil er scheinbar den Fehler begeht, das den Anspruch auf Herausgabe einer Sache begründende Rückforderungsrecht als Wesen des mittelbaren Besitzes anzusehen. Er macht zwar die Einschränkung, ein obligatorisches Rückforderungsrecht müsse vorliegen und trifft damit wohl auch in den Fällen, wie denen der §§ 985, 2130 das Richtige.[40]) „Wie hätte man aber darauf verfallen sollen, für einen bloss persönlichen Anspruch die Bezeichnung „mittelbarer Besitz“ zu wählen!“[41]) In der Beurteilung des Besitzverhältnisses des Finders befindet sich denn auch Wendt in einem Irrtum. Denn der Tatbestand des Fundes müsste, wenn er unter § 868 fallen sollte, ein den dortigen Fällen „ähnliches“ Verhältnis darstellen. Dem Niesbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer, sagt Strohal,[42]) hat der bisherige Besitzer den Besitz auf Zeit überlassen, anvertraut; „und dieser Umstand, vermöge dessen der gegenwärtige unmittelbare Besitzer sein nur zeitliches Recht zum Besitz von dem Ueberlassenden ableitet, macht den letzteren zum mittelbaren Besitzer; hiervon ist im Falle des Fundes keine Rede.“ Wenn man also auch den Anspruch auf Herausgabe als vorliegend erachtet, so fehlt es dem Finder, der den Besitz eigenmächtig ergreift, mag er es immerhin im Interesse des Verlierers tun,[43]) immer noch, wie oben gezeigt, an dem Ableiten seiner Rechtspflicht zum Besitze, an dem Vertrauensakt, wie ihn ein jedes der im § 868 genannten Rechtsverhältnisse verlangt. Beide Momente aber sind für das „anvertraut sein“ und damit für das den mittelbaren Besitz begründende „ähnliche Verhältnis“ erforderlich.

Die Richtigkeit unseres Standpunktes bedurfte ja eigenlich nach den früheren Erörterungen über das Erfordernis der „ab-

---

[40]) Ebenso Wildt, S. 33; würde jedoch der Herausgabeanspruch des Eigentümers genügen, mittelbaren Besitz zu erzeugen, dann müsste auch der Dieb dem Bestohlenen mittelbaren Besitz verschaffen! (Vgl. hierüber Gierke, Fahrnisbesitz, S. 7 Note 15); ebenso der Täter dem entsetzten Eigentümer eines Grundstücks! (Vgl. Gierke, Verhandl. S. 33).

[41]) Vgl. Kniep, Besitz S. 8; Gierke Verhandlg. S. 33.

[42]) Vgl. a. a. O. S. 22, 23.

[43]) Dieser Umstand ist höchstens für die Frage zu berücksichtigen, ob der Finder „Eigenbesitzer“ ist oder nicht. Letzteres ist dann der Fall, wenn er die Sache „als ihm gehörig“ besitzen will, wenn er also keinen Herrn anerkennt; tut er dies, so genügt er seiner gesetzlichen Verwahrungspflicht, handelt „für einen anderen“ und ist lediglich Besitzer nach § 854.

geleiteten“ Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitze keines Beweises. Dem Verlierer oder Eigentümer darf man selbst dann nicht mittelbaren Besitz zusprechen, wenn der Finder den Verlierer kennt und die Sache nun als Verwahrer für den Verlierer in Besitz nehmen will: „Denn der Finder kann nicht durch einseitigen Willen den Besitz des Verlierers herstellen, da das Gesetzbuch eine dies ermöglichende Fiktion nicht statuiert.[44]) Zu der Kenntnis des Finders vom Verlierer muss also noch hinzukommen, dass der Finder mit dem Willen des Verlierers für diesen, der erst jetzt die Vermögensherrschaft über die Sache erlangt, zu besitzen beginnt. Bis zu diesem Augenblick ist der Finder alleiniger Besitzer. Es muss, wie Matthiass[45]) sagt, „Der Finder etwa im Auftrage des Verlierers die gefundene Sache für den Verlierer in Besitz genommen haben; nur dann kann der Verlierer als mittelbarer Sachbesitzer gelten.“ In diesem Falle haftet er ex contractu (Verwahrungsvertrag im Sinne des § 868), im übrigen ex lege!

Ebensowenig wie der Finder dem Verlierer oder sonstigen Empfangsberechtigten den Besitz der Sache vermittelt, tut dies der Schatzfinder (§ 984 BGB.) dem Eigentümer gegenüber, in dessen Sache der Schatz verborgen war. Wenn der Finder auch, wie Wendt[46]) ausführt, dem Eigentümer des Fundortes gegenüber durch die Verwahrungs- und Herausgabepflicht obligatorisch verpflichtet und nicht bloss der rei vindicatio ausgesetzt sein soll, so unterscheidet sich der Entdecker eines Schatzes doch in nichts von dem gewöhnlichen Finder. Auch dort kann von keinem „ähnlichen Verhältnis“ die Rede sein, auch dort fehlt das „anvertraut sein“, da der Schatzfinder seine Pflicht zum Besitze nicht von dem mittelbaren Besitzer ableitet.

§ 8.

In den letzten Ausführungen ist fast ausschliesslich von dem Erfordernis der „abgeleiteten“ Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitze die Rede gewesen. Zu Beginn des § 6 unserer Arbeit ist jedoch schon darauf hingewiesen worden, dass der „anvertraute“ Besitz nicht in dem „abgeleiteten“ aufgehen darf. Zu dem „anvertraut sein“ muss vielmehr als weiteres Tatbestandmerkmal hinzukommen, dass dem mittelbaren Besitzer,

---

[44]) Vgl. Enneccerus-Lehmann Bd. II. 1898. S. 14.

[45]) Vgl. a. a. O. S. 8; vgl. ferner Gierke, a. a. O. S. 7 Note 15; Leonhard, a. a. O. S. 71 ff.

[46]) Vgl. a. a. O.

wie Strohal[1]) sagt, ein, wenn auch nicht notwendig bereits fälliger Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen den unmittelbaren Besitzer zusteht. Die Natur dieses Herausgabeanspruchs wird durch das ihn begründende Rechtsverhältnis bestimmt. Es ist Biermann[2]) und Strohal[3]) darin beizutreten, dass es sich um einen obligatorischen Anspruch handelt, was sich schon daraus ergibt, dass dem mittelbaren Besitzer ein dinglicher Anspruch gar nicht zuzustehen braucht. Da jedoch in der Regel der mittelbare Besitzer zugleich Eigentümer ist, so ist neben dem obligatorischen Herausgabeanspruch noch ein dinglicher vorhanden.[4]) Meistens ist der Anspruch bedingt oder befristet, nur ausnahmsweise stets fällig, wie z. B. derjenige des Deponenten gegen den Depositar (§ 696 BGB.)[5]). Strohal folgert das Vorhandensein dieses Erfordernisses aus dem Gesetze selbst, das jenen Gedanken nicht nur im § 868, sondern insbesondere auch im § 870, der von der Abtretung des dem mittelbaren Besitzer zustehenden Anspruchs auf Herausgabe handelt, zum Ausdruck bringt. Der Inhaber muss nicht nur auf Grund eines Rechts den Besitz der Sache erlangt haben, er muss vielmehr auch verpflichtet sein, ihn nach bestimmter Zeit wieder abzuliefern. Denn jeder „Anvertrauende" hat ja natürlich die Absicht, den Besitz der Sache früher oder später zurückzuerhalten. Der mittelbare Besitz hat mithin stets die Tendenz, zum unmittelbaren zu werden. Das entspricht schon dem causalen Rechtsverhältnis, das immer nur eine Uebertragung des Besitzes „auf Zeit" verlangt. Jene Tendenz ist nur eine notwendige Folge der zeitlichen Begrenzung. Strohal ist jedoch weit davon entfernt, etwa wie Wendt[6]) in dem Herausgabeanspruch „den wesenhaften Kern des mittelbaren Besitzes" zu erblicken.[7]) Diesen Sinn will Strohal nicht etwa seinen Worten geben:[8]) „Der Anspruch auf Herausgabe bildet doch gewissermassen den Kern, an welchem sich die Rechtsfolgen des mittelbaren Besitzes ansetzen." Vielmehr möchte Strohal m. E. durch diese Definition nur die Möglichkeit erklären, durch die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe mittelbaren Besitz zu überlassen.[9]) Er betont ja auch

[1]) Vgl. Strohal, Sachbesitz, S. 18, 20
[2]) Vgl. a a. O. S. 41.
[3]) Vgl. Strohal Sachbesitz S. 92 ff.
[4]) Vgl. §§ 931, 934 BGB.; ferner Strauss a. a. O. S. 28.
[5]) Vgl. Strauss, a. a. O. S. 27.
[6]) Vgl. Wendt a. a. O. S. 45; ebenso Bartels, S. 652, 659.
[7]) Vgl. Gierke Gutachten, S. 33.
[8]) Vgl. Strohal, Sachbesitz, S. 59.
[9]) Dies ergibt m. E. der Zusammenhang; vgl. Strohal, S. 59, 60; a. M. Klein a. a. O. S. 21.

ausdrücklich:[10]) „In dem Anspruch auf Herausgabe geht der mittelbare Besitz nicht auf.“ Noch schärfer präzisiert er seinen Standpunkt durch die Worte:[11]) „Ganz unrichtig wäre es, wenn man behaupten wollte, dass mittelbarer Besitzer schlechthin derjenige sei, welcher gegen den unmittelbaren Besitzer einen Anspruch auf Herausgabe der Sache habe. So hat z. B. der Eigentümer gegen den Besitzer den Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache (§ 985 BGB.). Allein aus dem Vorhandensein dieses Anspruchs ergibt sich ein mittelbarer Besitz des Eigentümers noch keineswegs.“ Der Mieter ist demnach natürlich nicht mittelbarer Besitzer, wenn der Vermieter ihm die Sache noch nicht übergeben hat.[12]) Wohl steht auch dem Mieter der Anspruch auf Herausgabe zu, dieser allein genügt aber nicht zur Verschaffung mittelbaren Besitzes. Dasselbe gilt für den Bestohlenen oder Käufer einer noch nicht tradierten Sache; hier haben Dieb und Verkäufer Alleinbesitz.[13])

Strohal verfällt nicht in denselben Fehler wie Wendt. Mit der Mehrzahl der Schriftsteller[14]) erblickt Strohal in dem Herausgabeanspruch, dem auf Seiten des unmittelbaren Besitzers eine Verpflichtung zur Herausgabe entspricht, nur eine Voraussetzung für die Entstehung mittelbaren Besitzes.

Wendt[15]) scheint sich zu seiner Behauptung, „dass es der Restitutionsanspruch des mittelbaren Besitzers ist, der ihm zu den eigenen Besitzrechten verhilft, kraft dessen er also die Sache wieder an sich zu ziehen imstande ist,“ dass also in dem Rückforderungsrecht das Wesen des mittelbaren Besitzes aufgehe, durch das Gesetz selbst verleiten zu lassen. Er beruft sich ausser auf den bereits zitierten § 870, auf § 931:

„Ist ein Dritter im Besitz der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, dass der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt;“ und ferner auf § 934:

„Gehört eine nach § 931 veräusserte Sache nicht dem Veräusserer, so wird der Erwerber, wenn der Veräusserer mittelbarer Besitzer der Sache ist, mit der Abtretung des Anspruchs Eigentümer.“

---

[10]) Vgl. a. a. O. S. 59.

[11]) Vgl. a. a. O. S. 19.

[12]) Vgl. Brunswig, S. 72.

[13]) Vgl. Planck S. 56; Cosack, BGB. Bd. II. 1900 S. 64.

[14]) Vgl. Biermann a. a. O. § 868, Anm. 2; Matthiass, a. a. O. S. 8; Kniep, S. 7 ff; 165 ff; Regelsberger. a. a. O. S 398 ff. S. 423; Strohal, Sachbesitz, S. 19, 59, 92; Windscheid-Kipp, S. 698; Gierke, Gutachten, S. 33; Kniep Besitz, S. 165 f.

[15]) Vgl. a. a. O. S. 45.

Wendt übersieht jedoch, dass mittelbarer Besitz vorhanden sein kann, obwohl ein solcher Anspruch nur vermeintlich besteht, dass mittelbarer Besitz ferner durch den Verlust des unmittelbaren Besitzes verloren sein kann, obwohl der obligatorische Herausgabeanspruch gegen den bisherigen unmittelbaren Besitzer fortdauert.[16]) Mittelbarer Besitz und Anspruch auf Herausgabe darf man also nicht miteinander identifizieren; vielmehr stellt sich dieser Anspruch nur als eine Eigenschaft des mittelbaren Besitzes dar, und auch die erwähnten gesetzlichen Bestimmungen lassen nur den Schluss zu, in dem Anspruch auf Herausgabe eine Voraussetzung für den mittelbaren Besitz zu erblicken. Wenn z. B. der Mieter den Mietgegenstand einem Dritten kaufweise überträgt, so erlischt der mittelbare Besitz des Vermieters, während der obligatorische Herausgabeanspruch des Vermieters gegen den Mieter infolge des Mietsvertrages bestehen bleibt.[17]) Weil Wendt[18]) eben in diesem Anspruch sich das Wesen des mittelbaren Besitzes erschöpfen sieht, gelangt er zu der oben erwähnten irrtümlichen Annahme, dass der Verlierer gemäss der Verwahrungspflicht des Finders aus § 966 BGB. mittelbarer Besitzer sei. Dass Wendt aber als wesentlichen Inhalt des mittelbaren Besitzes im Grunde nur einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe der Sache erachtet, darf schliesslich nicht wundern! Sieht er doch in dem mittelbaren Besitz lediglich eine Fiktion,[19]) welche zusammenbricht, sobald der unmittelbare Besitz nicht mehr besteht,[20]) will er doch dem mittelbaren Besitz überhaupt keine anderen Folgen geben, als wie sie im § 868 aufgeführt sind,[21]) m. a. W. in ihm einen „Besitz" sehen, der alles dessen, was den Besitz ausmacht, beraubt ist und der „in einem Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer und einigem Rechtsschutz aufgehen soll."[22]) Mit Recht wendet sich Klein[23]) gegen die Auffassung Wendts, dass man als Träger des mittelbaren Besitzes allein die vom Gesetz

---

[16]) Vgl. Planck a. a. O. S. 66.

[17]) Vgl. Strauss, a. a. O. S. 29.

[18]) Wendt, a. a. O. verlangt freilich ein obligatorisches Rückforderungsrecht und trifft damit in Fällen, wie denen der §§ 985, 2130, das Richtige; oft wird jedoch seine Ansicht zu unrichtigen Konsequenzen führen, wie z. B. in dem Falle des Finders: vgl. den Text; vgl. auch Wildt, a. a. O. S. 33.

[19]) Vgl. Bartels, a. a. O. S. 652.

[20]) Vgl. Staudinger. a. a. O. S. 57.

[21]) Vgl. Wendt, a. a. O. S. 48.

[22]) Vgl. Klein, a. a. O. S. 17.

[23]) Vgl. a. a. O. S. 18.

gekennzeichneten obligatorischen Beziehungen zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer zu erachten habe. Die Probe beweise das Gegenteil davon, dass von dem Herausgabeanspruch das Dasein des mittelbaren Besitzes abhänge. § 870 sage: „Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen anderen übertragen werden, dass diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird.“ Wenn nun im selben Augenblick die Sache, die sich etwa in der Verwahrung eines Dritten, des unmittelbaren Besitzers, befindet, durch höhere Gewalt vernichtet wird, so hat den Anspruch auf Herausgabe „der andere“ nunmehr übertragen bekommen, von einem mittelbaren Besitz kann dennoch keine Rede sein. Ebenso geht in dem obigen Beispiel des Mieters der mittelbare Besitz des Vermieters unter, weil das Recht — in unserem Falle der mittelbare Besitz — mit dem Erwerbe des Eigentums erlischt, wenn eine veräusserte Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet ist (§ 936 BGB.); auch hier ist ein Anspruch auf Herausgabe vorhanden, ohne dass mittelbarer Besitz vorliegt. Anders ist die Frage zu beantworten, ob durch das Erlöschen unmittelbaren Besitzes auch der mittelbare Besitz untergeht. Diese Frage wird, wie schon § 936 zeigt, zu bejahen sein.

Darüber herrscht jedoch in der Literatur kein Streit, dass mittelbarer Besitz ohne Anspruch auf Herausgabe nicht denkbar wäre. Dieser Anspruch ist es ja, der dem unmittelbaren Besitzer nicht volle Verfügungsfreiheit über die Sache gewährt, ihn vielmehr verschiedentlich zwingt, die Rechte des mittelbaren Besitzers zu respektieren. Die Beispiele des § 868 sind sämtlich ihrem juristischen Wesen nach, wie Thiesing[24]) sagt, darauf angelegt, dass der unmittelbare Besitzer über kurz oder lang die Sache dem anderen Teile zurückzugewähren hat. Das zur Verschaffung mittelbaren Besitzes geeignete Rechtsverhältnis muss, abgesehen davon, dass der unmittelbare Gewaltinhaber sein Recht zum Besitze von dem anderen Teile ableitet, ein Verhältnis sein, das darauf hinzielt, die dem unmittelbaren Besitzer nur innerhalb gewisser zeitlicher Grenzen „anvertraute“ Sache nach Beendigung des Verhältnisses bestimmungsgemäss zum mittelbaren Besitzer zurückkehren zu lassen.[25])

Diese Eigenschaft weisen sämtliche Beispiele des § 868 auf. In den Fällen des Mieters und Pächters, Niessbrauchers und Verwahrers ist jede Erörterung überflüssig. Zweifel könnten nur beim Verhältnis des Pfandgläubigers entstehen. Die m. E. richtige Ansicht findet in Thiesing ihren Vertreter, der

---

[24]) Vgl. Thiesing, a. a. O. S. 247.

[25]) Aehnlich Thiesing, a. a. O. S. 249.

auch im letzteren Falle jenes Element des Herausgabeanspruchs für vorliegend erachtet, da der Pfandgläubiger bei normalem Verlaufe, d. h. bei Tilgung der Forderung durch den Schuldner, das Pfandobjekt zurückzugeben hat. Dieser Gedanke erhellt auch deutlich aus einem Antrage, der in der zweiten Kommission gestellt wurde:

„Hat derjenige . . . . . die Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder auf Grund eines sonstigen Rechtsverhältnisses besessen, vermöge dessen er die Sache einem anderen zurückzugewähren hat (oder „nach Beendigung des Verhältnisses zurückzugewähren hat"), so . . . . (mittelbarer Besitz)."[26]) Von diesem Antrage sagen die Protokolle,[27]) dass in ihm der Inhalt des Rechtsverhältnisses, in welchem hiernach der mittelbare Besitz seine Grundlage finde, im allgemeinen richtig bezeichnet und nur die endgültige Fassung der Redaktionskommission zu überlassen sei.

Pudor[28]) verkennt den Zweck des Pfandrechts, wenn er meint, die Pfandsache sei durchaus nicht nur innerhalb gewisser zeitlicher Grenzen dem Eigentümer (Pfandschuldner) entzogen und brauche nicht nach Beendigung des Verhältnisses bestimmungsgemäss zu ihm zurückzukehren. Ob dies eintreten werde, hängt nach Pudors Ansicht davon ab, ob der Schuldner seine Schuld bezahlt oder nicht; zahle der Schuldner (Verpfänder), so kehre das Pfand zu ihm zurück, aber auch nur dann, und daher könne man unmöglich sagen, dass das Verhältnis zwischen Pfandgläubiger und Schuldner seinem juristischen Wesen nach darauf angelegt sei, dass der unmittelbare Besitzer (Pfandgläubiger) über kurz oder lang die Sache dem anderen (Pfandschuldner) zurückzugewähren habe. Auf einem ähnlichen Standpunkt steht Stern,[29]) der seine Ansicht ebenfalls damit begründet, dass nur in dem Falle der Gläubiger zu einer Rückgabe der Sache verpflichtet wäre, wenn der Schuldner zahle. Das Wesen des Pfandrechts bestehe darin, dass der Gläubiger die ihm zwecks Sicherung einer ihm zustehenden Forderung übergebene Sache, wenn der Schuldner nicht zahle, verkaufen und sich aus dem Erlös befriedigen könne (§ 1204 BGB.).

Pudor sowohl wie Stern verkennen m. E. durchaus Wesen und Inhalt der Pfandbestellung. Denn das Pfandrecht geht nicht in dem Befriedigungsrecht auf,

---

[26]) Vgl. Thiesing, a. a. O. S. 248.
[27]) Vgl. Prot. Bd. III. S. 221, 225.
[28]) Vgl. Pudor, a. a. O. S. 62
[29]) Vgl. a. a. O. S. 30.

dieses ist nicht sein einziger Inhalt; es kann doch erst nach dem Eintritte der im § 1228 Abs. 2 bezeichneten Voraussetzungen ausgeübt werden. Bis dahin gewährt das Pfandrecht ein Recht zum Besitze der Sache.[30]) Zwar folgt, wie Planck und Staudinger[31]) ausführen, nicht aus § 1204, dass der Gläubiger dem Verpfänder gegenüber zum Besitze berechtigt ist, wohl aber geht dies aus den Vorschriften über die Verpflichtungen des Gläubigers zur Verwahrung, Hinterlegung und Rückgabe des Pfandes (§ § 1215, 1217, 1223) und aus § 868 hervor. Das Pfandrecht bezweckt ja zunächst nur, dem Berechtigten die Befugnis einzuräumen, Befriedigung aus der Sache im Wege des Verkaufs zu suchen (§ § 1228 ff). Das Pfandrecht dient zur Sicherung einer Forderung und will den Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten anhalten. Der Fall der Nichtleistung, in dem das Pfand also tatsächlich nicht zum Verpfänder zurückkehrt, ist doch nur eine Ausnahme, zumal in der Regel schon wirtschaftliche Momente den Schuldner dazu anhalten werden, seine Schuld zu tilgen. Ist das Pfand doch oft wertvoll und zum mindesten fast immer von höherem Werte, als die Forderung, zu deren Sicherung es bestellt ist! Deshalb wird der Pfandgläubiger in der Regel gar nicht dazu kommen, von seinem Rechte Gebrauch zu machen. Auch ergibt ja die „Berechtigung“ in § 1204, dass der Pfandgläubiger den Schuldner ebensogut persönlich in Anspruch nehmen kann, sich also an das Pfand nicht zu halten braucht. Er hat das Recht, nicht die Pflicht, sich durch Verkauf zu befriedigen.[32]) Ferner ist ein vertragsmässiger Ausschluss des Verkaufsrechts an sich nicht ausgeschlossen,[33]) wenngleich dann freilich das Pfandrecht zu einem vertragsmässigen Zurückbehaltungsrecht herabsinken dürfte. Auch andere gesetzliche Bestimmungen weisen darauf hin, dass das Recht des Pfandgläubigers zum Besitze der Sache nur ein zeitlich begrenztes ist. Der § 1223 Abs. 1 BGB. erkennt ausdrücklich den Anspruch des Verpfänders auf Rückgabe des Pfandes nach dem Erlöschen des Pfandrechts an.[34]) Zwar betont Abs. 2 des § 1223, dass der Verpfänder Rückgabe Zug um Zug gegen Befriedigung des Gläubigers verlangen kann, diese Befriedigung wird aber, wie oben ausgeführt, in des Verpfänders eigenstem Interesse liegen, und die Nichteinlösung wird nur als Ausnahme zu betrachten sein. Ferner hat das Gesetz mit Recht

---

30) Vgl. Planck, a. a. O. S. 749.
31) Vgl. Planck, a. a. O.; Staudinger a. a. O. S. 838.
32) Vgl. Matthiass, a. a. O. S. 196
33) Vgl. Staudinger, a. a. O. S. 835.
34) Vgl. Planck, a. a. O. S. 770.

dem Pfandgläubiger als Besitzer die Verwahrungspflicht auferlegt (§ § 1215, 688 ff.), und wenn trotz Abmahnung durch den Verpfänder fortgesetzte erhebliche Verletzung der Rechte des Verpfänders durch den Pfandgläubiger eintritt, kann der Verpfänder, abgesehen von den sonst begründeten Ersatzansprüchen, auf Kosten des Pfandgläubigers Hinterlegung des Pfandes, falls es sich zur Hinterlegung nicht eignet, Ablieferung an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer, auch gegen Befriedigung des Pfandgläubigers Rückgabe des Pfandes verlangen (§ 1217).[35]) Der Verpfänder kann sogar, wie § 1218 sagt, die Rückgabe des Pfandes gegen anderweitige Sicherheitsleistung verlangen, wenn Verderb des Pfandes oder wesentliche Minderung des Wertes droht. All diese Bestimmungen deuten doch wohl darauf hin, dass der Gesetzgeber die Interessen des Verpfänders an dem Pfandobjekt hauptsächlich deshalb schützte, weil letzteres mit der Hingabe an den Pfandgläubiger nicht aus dem Vermögen des Schuldners endgültig ausschied, vielmehr die Tendenz in sich hatte, nach Tilgung der Schuld zum Verpfänder zurückzukehren und nicht etwa dem Pfandgläubiger Dauerbesitz zu verschaffen. So zieht Thiesing[36]) einen richtigen Schluss, wenn er aus den Beratungen der zweiten Kommission als klar hervorgehend erachtet, dass der Begriff des mittelbaren Besitzes im wesentlichen deshalb eingeführt sei, „um Leute, die sich nur auf Zeit der unmittelbaren Gewalt zugunsten eines anderen, der aber zur Rückgewähr kraft des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses verpflichtet sei, entäussert hätten, gegen ungerechtfertigte Angriffe Dritter, die ihrem Interesse im Hinblick auf die Zukunft nachteilig seien, possessorisch zu schützen.“ Ob nach Beendigung des Besitzmittlungsverhältnisses der Zeitbesitz des unmittelbaren Besitzers, wie möglicherweise beim Pfandvertrage, zu einem Dauerbesitz wird, oder ob der unmittelbare Besitzzustand, wie immer bei Miete, Pacht, Verwahrung und Niessbrauch in einen besitzlosen übergeht, indem nunmehr der mittelbare Besitzer den unmittelbaren Besitz der Sache erhält, ist ganz gleichgültig für die Tatsache, dass der mittelbare Besitz die Tendenz hat, zum unmittelbaren Besitz zu werden.[37]) Hierzu genügt vielmehr, dass, wie Strauss a. a. O. richtig ausführt, eine Aussicht besteht, den unmittelbaren Besitz zurückzugewinnen, und jene Tendenz darf nicht in dem Sinne aufgefasst werden, dass sich der mittelbare Besitz über

[35]) Vgl. Matthiass a. a. O. S. 193.
[36]) Vgl. a. a. O. S. 248, 249.
[37]) Vgl. Strauss, a. a. O. S. 20, 27.

kurz oder lang in unmittelbaren Besitz verwandeln müsse, dass also nur dann mittelbarer Besitz vorliege, wenn der mittelbare Besitzer später die Sachgewalt erlange. So erhält der Auftraggeber die dem Beauftragten zwecks Ausführung des Auftrags übergebenen Sachen nicht zurück, und auch der Verpfänder ist während des Schwebezustandes mittelbarer Besitzer, obwohl er den Anspruch auf den unmittelbaren Besitz verloren hat, wenn er das Pfand nicht rechtzeitig einlöst. Auch für den Pfandgläubiger trifft somit das verlangte Moment zu, auch er hat wie der Niessbraucher, Pächter, Mieter oder Verwahrer sein Recht zum Besitze auf Grund eines Rechtsverhältnisses erlangt, vermöge dessen er die Sache einem anderen zurückzugewähren hat (oder „nach Beendigung des Verhältnisses zurückzugewähren hat").[38]) Mit Recht führt deshalb Bartel[39]) aus: „Niessbrauch, Pfandrecht und ebenso die übrigen im Gesetz begenannten Rechtsverhältnisse stimmen darin überein, dass nach Ablauf ihrer Dauer, mit ihrem Wegfall an sich, d. i. ohne das Hinzutreten neuer, ausserhalb liegender Umstände, das auf ihnen beruhende Recht zur Ausübung des unmittelbaren Besitzes zu dem bisherigen mittelbaren Besitzer zurückkehrt."

Wohl gemerkt, ein Herausgabeanspruch ist für die Existenz mittelbaren Besitzes erforderlich! Nicht etwa, wie Wendt meint, ein Rückgabe-, ein Restitutionsanspruch! Denn man kann sich den Ausführungen Kleins[40]) nur anschliessen, der deshalb nicht von Rückgabe, Restitution sprechen will, weil man dann die Entstehung des mittelbaren Besitzes verkennen würde. Wer einen Anspruch auf Rückgabe habe, müsse die Sache früher gehabt haben. Der unmittelbare Besitzer des § 868 brauche aber gar nicht (vgl. die früheren Ausführungen!) die Sache vom mittelbaren Besitzer erhalten haben. Gerade auf diesen Punkt müsse aufmerksam gemacht werden, da seine Verkennung zu der Ansicht, der mittelbare Besitz sei ein natürlicher, führen müsste. Ausserdem spricht das Gesetz nirgends von einem Anspruch auf Rückgabe, sondern von einem Anspruch auf Herausgabe,[41]) und aus den §§ 930, 931 in Verbindung mit den §§ 868, 870 kann man ersehen, dass der

---

[38]) Vgl. Thiesing, a. a. O. S. 248.

[39]) Vgl. Diss. a. a. O. S. 11.

[40]) Vgl. a. a. O. S. 19.

[41]) Wenn auch in den Protokollen Bd. III S. 225 von einem „Rückgabeanspruch" die Rede ist, so ist dies aus den angeführten Gründen nicht weniger unrichtig; vgl. Przibilla, a. a. O. S. 16; derselbe Vorwurf trifft Dernburg, Sachenrecht § 13 S. 51; Endemann Sachenrecht, § 32 S. 126; Nord, S. 70.

mittelbare Besitzer die Sache vielleicht niemals in Händen gehabt hat.[42]) Mir scheint auch der Ausdruck „Herausgabeanspruch“ nicht unbedingt treffend zu sein, er kann vielmehr zu Unklarheiten Anlass geben. Unter dem Anspruch auf Herausgabe, von welchem in § 870 die Rede ist, hat man, wie Strohal mit Recht ausführt,[43]) nicht die Abtretung des dinglichen Anspruchs auf Herausgabe zu verstehen, sondern einen Vertrag über die Nachfolge in das in § 868 charakterisierte Verhältnis.[44]) Auch ich möchte wie Weidemann a. a. O. es tut, annehmen, dass der Ausdruck „Herausgabeanspruch“ nur der Kürze wegen beibehalten worden ist, und dass er noch aus der Zeit stammt, wo die Kommission den mittelbaren Besitz als Stiefkind behandelte.

Das Resultat unserer Ausführungen ist darin zu suchen, dass ein „ähnliches“ Verhältnis der im § 868 verlangten Art stets den Entstehungsgrund für einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe in sich bergen muss, bei dem es bedeutungslos ist, ob er ein fälliger ist oder nicht, wie beim Niessbrauch, Pfandrecht, Erbpacht, Erbbauberechtigung.[45]) Dieser Anspruch ist also ein Hauptbestandteil des mittelbaren Besitzes, und hierin stimmen mit Strohal auch Biermann, Kipp, Gierke, Kniep[46]) u. andere Schriftsteller überein. Sie betonen fast alle ohne Ausnahme, dass der mittelbare Besitz in diesem Anspruch nicht aufgehen darf. „Denn wie hätte man darauf verfallen sollen, für einen bloss persönlichen Anspruch die Bezeichnung „mittelbarer Besitz“ zu wählen.“[47]) Zu diesem Anspruch muss vielmehr hinzukommen, dass der unmittelbare Besitzer seine Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitze von dem mittelbaren Besitzer a b l e i t e t, ein Erfordernis, dem z. B., wie ausgeführt, der Finder nicht genügt. Diese beiden Elemente machen aber das oben erwähnte „anvertraut sein“ aus.

---

[42]) Vgl. Engelhardt, a. a. O. S. 14.

[43]) Vgl. Strohal, Sachbesitz, S. 92

[44]) Vgl. Weidemann a. a. O. S. 65.

[45]) Vgl. Schwenk, a. a. O. S. 15.

[46]) Vgl. Strohal, a. a. O. S. 18; Biermann, a. a. O. § 868; Windscheid-Kipp, a. a. O. S. 698; Gierke, Gutachten, S. 33; Kniep, a. a. O. S. 165 ff.

[47]) Vgl. Kniep a. a. O. S. 8; Gierke, Gutachten S. 33; auf S. 34 weist Gierke nach, dass der Anspruch auf Herausgabe nicht einmal rechtsgültig zu bestehen braucht, wie in dem Falle, dass jemand irrtümlich seine eigene Sache als Pfand genommen oder gemietet hat; vgl. die früheren Ausführungen über das Verhältnis des Finders zum Verlierer.

§ 9.

Es dürfte hier noch die Frage interessieren, der Thiesing[1]) eine besondere Abhandlung gewidmet hat: „Ist der Veräusserer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer?“ Liegt hier ein „ähnliches“ Verhältnis vor, wie es der § 868 verlangt? Nach unseren eingehenden Erörterungen über die Erfordernisse eines „ähnlichen“ Verhältnisses bietet die Beantwortung jener Frage keine Schwierigkeiten. Auch der Käufer einer unter Eigentumsvorbehalt nach § 455 BGB. verkauften Sache leitet sein Recht zum Besitze von dem anderen Teile, dem Verkäufer, ab. Deshalb darf dem letzteren aber noch kein mittelbarer Besitz zugebilligt werden. Denn es fehlt dem Verhältnisse zwischen den Parteien an dem zweiten Erfordernis des „anvertraut sein“, nämlich an der bei jedem Besitzmittlungsverhältnis vorhandenen Tendenz, die Sache über kurz oder lang dem mittelbaren Besitzer zurückzugewähren. Davon kann beim Verkaufe unter Eigentumsvorbehalt keine Rede sein.

Das Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer steht in diesem Falle gerade im Gegensatz zu dem zwischen Pfandschuldner und -Gläubiger. Hier konnte es sich nur um einen Zeitbesitz handeln, da der mittelbare Besitz, wie ausgeführt, die Tendenz hatte, zum unmittelbaren zu werden. Anders im vorliegenden Falle! Bei ihm fehlt, wie Thiesing richtig ausführt, dem zwischen den Parteien bestehenden Verhältnis der Zug, der den Beispielsfällen des § 868 nach dem Willen des Gesetzes gemeinsam sein soll. Denn „nach der dem Geschäft immanenten Tendenz soll die Sache aus dem Vermögen des Veräusserers endgültig ausscheiden, wenn gleich erst mit dem Eintritt eines in der Zukunft liegenden ungewissen Ereignisses.“[2]) Es kann hier ein Herausgabeanspruch des Verkäufers entstehen, er hängt jedoch ab „von dem in der Zukunft liegenden ungewissen Ereignis“, davon, ob der Käufer seinen Verpflichtungen nachkommt oder nicht. Der Verkäufer wird also in der Regel gar nicht dazu kommen, seinen Herausgabeanspruch mit Erfolg geltend zu machen. Für den Normalfall der pünktlichen Zahlung ist der Käufer ja für immer zum Besitze berechtigt und kann sich auch mit Recht auf § 986 dem Verkäufer gegenüber stützen.[3]) Oben ist betont worden, dass der

---

[1]) Vgl. Thiesing a. a. O. S. 242 ff.

[2]) Vgl. Thiesing a. a. O. S. 249.

[3]) Dagegen ist, wie Fuchs a. a. O. S. 12 ausführt, umgekehrt ein mittelbares Besitzverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer denkbar, wenn, wie es häufig geschieht, der Käufer die Ware nicht sofort mitnimmt,

Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers sich schon ohne weiteres aus jedem Besitzmittlungsverhältnis seiner zeitlichen Begrenzung wegen ergibt. In unserem Falle ist jedoch auch zeitliche Begrenzung vorhanden, auch hier kann ein Herausgabeanspruch entstehen, auch hier ist der Käufer zum Besitze auf Zeit berechtigt (denn durch seine Vorleistung und Gewährung einer Frist für die Bewirkung der Gegenleistung hat der Verkäufer die unausgesprochene Verpflichtung dem Käufer gegenüber übernommen, ihn im Besitze der Sache während des Schwebens der Bedingung nicht zu stören), und doch ist das Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer nicht zur Verschaffung mittelbaren Besitzes geeignet.[4]) Denn der juristische Zweck, den die Parteien bei der Verabredung des Eigentumsvorbehalts im Auge haben, zielt nicht darauf hin, die Sache nur vorübergehend in den Besitz des Käufers übergeben zu lassen, wie es z. B. beim Pfandrecht der Fall ist. Hier hofft der Tradent bei der Hingabe der Sache von seinem Standpunkt aus — und auf diesen kommt es an! —, dass der Empfänger den überlieferten Gegenstand nicht dauernd innehaben soll.[5]) Die rechtliche Wesenheit des Pfandvertrags ebenso wie die der Miete, des Auftrags liegt, wie Strauss a. a. O. mit Recht sagt, in dem vorübergehenden Gebrauch, in der einstweiligen Sicherheit, in dem zeitlich begrenzten Innehaben der Sache zur Ausführung des Auftrags, da weder der Verpfänder noch der Vermieter noch der Auftraggeber bei Einigung des Vertrags beabsichtigen, die Sache dem Empfänger dauernd zu belassen.

Anders liegt der Fall bei der Veräusserung unter Eigentumsvorbehalt! Hier wollen ja die Parteien gerade dem Veräusserungsgeschäft die juristische Natur aufprägen, dass dem Käufer baldiges dauerndes Eigentum zukommen soll. Wenn der Käufer dem Verkäufer gegenüber bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises auch nur auf Zeit zum Besitze berechtigt ist, so kommt es nicht weiter auf diesen Umstand, sondern vielmehr auf die Willensrichtung der Parteien im Augenblick der Vereinbarung des pactum reservatum dominii an. Der Verkäufer bleibt zwar noch Eigentümer nach § 158 Abs. 1 BGB. bis zum Eintritt der Bedingung, jedoch vollzieht sich der

sondern sie sich durch den Verkäufer in seine Wohnung bringen lässt. Hier ist regelmässig durch constitutum possessorium das Eigentum auf den Käufer übergegangen und der Verkäufer Verwahrer, also unmittelbarer Besitzer, geworden, da er in angemessener Zeit die Ware abliefern muss und nur für diese Zeit zum Besitze berechtigt ist.

[4]) Vgl. Strauss, a. a. O. S. 49.

[5]) Abweichend Kober, a. a. O. § 868.

Eigentumsübergang ipso iure, ohne dass hierzu noch irgendwelche Handlungen der Beteiligten erforderlich wären. Bei der Uebergabe auf Grund des causalen Kaufvertrages ist von den Parteien auch zugleich stillschweigend die erforderliche Einigung vollzogen, welche, freilich bedingt, auf die Rechtsänderung gerichtet ist. Der Verkaufsgegenstand soll der Machtssphäre des Veräusserers definitiv entzogen und, entsprechend der juristischen Natur des Veräusserungsgeschäfts, in das Eigentum des Erwerbers überführt werden; dass die Veräusserung vorerst noch bedingt ist, vermag hieran nichts zu ändern.[6]) Es fehlt ihr, wie Thiesing mit Recht ausführt, an einem Verhältnis, das seiner juristischen Wesenheit[7]) nach — dies Erfordernis wäre bei allen Beispielen des § 868 vorhanden — darauf hinziele, die Sache nur innerhalb gewisser zeitlicher Grenzen dem mittelbaren Besitzer zu entziehen und sie nach Beendigung des Verhältnisses bestimmungsgemäss zu ihm zurückkehren zu lassen. Wenn zwar die Möglichkeit gegeben sei, fährt Thiesing[8]) fort, dass das Ausscheiden der Sache aus dem Vermögen des Veräusserers nicht stattfände, so wäre das doch etwas ganz anderes, als wenn die Sache bestimmungsgemäss, d. h. nach der rechtlichen Beschaffenheit des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses demnächst zu dem früheren Gewalthaber zurückgelangen solle. Beim normalen, dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien entsprechenden, Verlaufe der Dinge, also wenn sich das Veräusserungsgeschäft durch Eintritt der Bedingung verwirkliche, bleibe die Sache in den Händen des Erwerbers. Der hierin liegende Unterschied von den Beispielen des § 868 wäre offenbar. Wenn sich der Veräussernde auch, um für seine Kaufpreisforderung durch die Kaufsache selbst gesichert zu sein, sein Eigentumsrecht noch vorbehalten habe, so erschöpften sich doch damit seine Beziehungen zu derselben. Wirtschaftlich erscheine sie ihm schon jetzt als eine fremde, deren Schicksal ihm an sich — von seinem Sicherungsinteresse abgesehen — gleichgültig ist, in völligem Gegensatz zu den

---

[6]) Vgl. Thiesing, S. 249.

[7]) Strauss würde es (vgl. Strauss a. a. O.) für treffender halten, wenn Thiesing gesagt hätte „. . . . ein Verhältnis, das seinem juristischen Zwecke nach . . . . .“ M. E. ist diese Unterscheidung gar nicht notwendig. Denn bei der Vereinbarung des Rechtsverhältnisses drücken die Willensrichtungen der Parteien auch seinem juristischen Wesen den Stempel auf und geben ihm eben seine Zweckbestimmung.

[8]) Vgl. a. a. O. S. 250.

Beispielsfällen, bei denen das Interesse des mittelbaren Besitzers an der Sache das allerdringendste ist.

Diesen Ausführungen Thiesings kann nur zugestimmt werden! So sagt Biermann,[9]) dass der Veräusserer einer Sache unter Eigentumsvorbehalt den Besitz an derselben schlechthin verloren habe, während der Besitz des Käufers kein bloss vermittelnder, sondern Alleinbesitz sei. Aehnlich urteilt Planck über den Eigentumsvorbehalt:[10]) „Der Käufer ist dem Verkäufer gegenüber für den Normalfall der pünktlichen Zahlung des Kaufpreises dauernd zum Besitze berechtigt.“ Der Verkäufer will dem Käufer, wie Strauss[11]) sagt, demnächstiges ewiges Eigentum verschaffen und kann hinsichtlich der verkauften und übergebenen Sache keinen Anspruch auf mittelbaren Besitz machen. Denn der Begriff desselben ist eingeführt worden, um den mittelbaren Besitzer possessorisch zu schützen, da Pächter, Mieter und die anderen in § 868 genannten Personen hoffen, sie werden die Sache aller Voraussicht nach zurückerhalten. Der mittelbare Besitzer würde ja sonst ungerechtfertigten Angriffen Dritter gegenüber schutzlos sein. So heisst es in den Materialien:[12]) „Da der mittelbare Besitzer vermöge des zwischen ihm und dem Besitzer bestehenden Verhältnisses nach dessen Beendigung die Wiedereinräumung des Besitzes verlangen kann, hat er ein berechtigtes Interesse daran, dass dem Besitzer der ungestörte Fortbestand des Besitzes gesichert bleibe. Dieses Interesse ist ohne Rücksicht auf das dem mittelbaren Besitzer etwa zustehende Recht an der Sache lediglich als Folge des mittelbaren Besitzes zu schützen, und zwar unabhängig davon, ob der Besitzer, der in erster Linie zur Verteidigung seines Besitzes berufen ist, diese zu führen, verhindert oder nicht gewillt ist.“ Der Verkäufer einer Sache unter Eigentumsvorbehalt wird aber in der Regel gar kein besonderes Interesse haben, sich gegen fremde Einmischungen zu wehren, dies vielmehr dem Käufer überlassen, dem ja die Sache dauernd verbleiben soll. Letzterer ist aber vom Gesetz genügend geschützt, wie aus den §§ 859, 861, 862 hervorgeht Er ist zum Selbstschutze berechtigt und kann auch von der Besitzentziehungs- und Besitzstörungsklage Gebrauch machen.

So muss man Staudinger[13]) widersprechen, der ohne jede Begründung die Thiesingsche Ansicht zurückweist und dem

---

[9]) Vgl. a. a. O. S. 35

[10]) Vgl. a. a. O. S. 62; vgl. ähnlich Turnau-Förster Bd. I. § 868 Anm. 2; Regelsberger S. 423; Loepert, S. 56; Thiesing, S. 250.

[11]) Vgl. a. a. O. S. 49.

[12]) Die gesammelten Materialien zum BGB. Bd. 3. S. 965.

[13]) Vgl. a. a. O. S. 56.

Veräusserer unter Eigentumsvorbehalt deshalb mittelbaren Besitz zubilligen will, weil der andere Teil, also der Käufer, vorerst nur auf Zeit — bis zum Ausfallen der Bedingung — ihm gegenüber zum Besitze berechtigt ist und weil die Sache keineswegs definitiv aus dem Vermögen des Veräusserers ausgeschieden ist. In ähnlicher Weise äussert sich Dernburg.[14]) Auch nach ihm vermittelt der Käufer mittelbaren Besitz, da er „vorerst nur auf Zeit — nämlich bis zum Ausfalle der Bedingung — dem Veräusserer gegenüber zum Besitze berechtigt sei.“ Als Vertreter derselben Ansicht möge schliesslich noch Pudor[15]) gehört werden! Die Deduktionen, mit denen er die Ansicht Thiesings zu widerlegen sucht, sind meines Erachtens unzutreffend. Er führt aus: „Bei dem Veräusserungsgeschäft unter Eigentumsvorbehalt ist das ja gerade die Frage, ob die Sache der Rechtssphäre des Veräusserers definitiv entzogen werden wird. Dies hängt eben von dem Eintritt der Bedingung, d. h. der Zahlung des Kaufpreises, ab. Denn solange dieses in der Zukunft liegende ungewisse Ereignis nicht eingetreten ist, solange ist eben die Sache nur vorläufig, nicht endgültig aus dem Vermögen des Veräusserers ausgeschieden.“

Pudor muss erwiedert werden — und dasselbe gilt auch für Staudinger und Dernburg, — dass sie das Wesen des Besitzmittlungsverhältnisses, seinen juristischen Zweck zu wenig ins Auge fassen! Dass es der Berechtigung des Käufers zum Besitze nicht an der zeitlichen Begrenzung fehle, soll ja gar nicht bestritten werden! Und trotzdem kann, wie unsere Ausführungen zeigen, der Veräusserer nicht mittelbarer Besitzer sein, ohne dass hierin ein Widerspruch zu finden wäre! Denn der Begriff eines den Beispielsfällen im § 868 „ähnlichen“ Verhältnisses darf nicht in der Berechtigung oder Verpflichtung „auf Zeit“, also in dem Inhalt des Relativsatzes „. . . . . ., vermöge dessen . . . .“, aufgehen. Pudor verkennt eben, wie seine weiteren Erörterungen[16]) zeigen, das wahre Wesen des „ähnlichen“ Verhältnisses, das Wesen des „anvertraut sein“. Wenn nämlich auch der Käufer dem Verkäufer gegenüber auf Grund der bedingten Erfüllung seitens desselben zum Besitze auf Zeit berechtigt ist und ihm, wie Pudor meint, bis zum Eintritte oder Ausfall der Bedingung, d. h. der Zahlung oder Nichtzahlung des Kaufpreises, der Besitz vom Veräusserer und zwar in seinem Interesse „anvertraut“ ist, so fehlt es doch nach unseren Ausführungen an dem anderen Momente des „anvertraut sein“, nämlich daran, dass der Käufer die Sache dem Verkäufer über

[14]) Dernburg, BGB. 1899. Bd. 3. § 102.
[15]) Vgl. Pudor, a. a. O. S. 59 ff.
[16]) Vgl. a. a. O. S. 63, 64.

kurz oder lang zurückzugewähren habe. Hiervon kann im Falle des § 455 keine Rede sein!

Dieser Standpunkt muss auch dem Reichsgericht[17]) gegenüber eingenommen werden, das bei einer Veräusserung unter Eigentumsvorbehalt dem Verkäufer mittelbaren Besitz an dem Kaufgegenstand zubilligt, da, auch wenn dem Käufer nicht die Verpflichtung eines Verwahrers oder Verwalters besonders auferlegt sei, ein ähnliches Verhältnis der im § 868 bezeichneten Art vorliege. Man könne hier die stillschweigende Vereinbarung eines solchen Verhältnisses annehmen. Dem Reichsgericht ist zunächst zu erwidern, dass seine Entscheidung mit den Absichten des Käufers im Widerspruch steht, der die Sache doch dauernd zum Eigentum erwerbe und sie nicht nur als Verwahrer oder Verwalter besitzen will, um sie später wieder herauszugeben. In der Verabredung, dass dem Verkäufer das Eigentum vorbehalten sei, liegt wohl der Wille verborgen, welcher den Parteien zur Regelung ihrer Beziehungen zueinander und zum Verkaufsgegenstande verhelfen soll. Dieser Wille ist also wohl vorhanden, aber, wie Stammler[18]) mit Recht ausführt, unklar, da er keine konkrete Gestalt annimmt. Es liegt vielmehr im Falle des § 455 das blosse, zwischen den Parteien getroffene Uebereinkommen vor, dass der Käufer die Sache bis zur Zahlung des Kaufpreises für den Verkäufer besitzen solle, d. h. wir haben es hier mit einem sog. abstrakten constitutum possessorium zu tun, das aber kein „ähnliches Verhältnis“ darzustellen vermag, wie es der § 868 verlangt. Die Frage nach der „causa detentionis“, nach dem „individualisierten“ Constitut, wird vom Gesetz ausdrücklich bejaht; das abstrakte constitutum des gemeinen Rechts ist endgültig beseitigt.

Aus diesen Erörterungen ergibt sich auch, dass eine Vereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer, dem das Eigentum an der Kaufsache bereits übertragen ist, der Verkäufer solle bis zur Abzahlung des Kaufpreises wieder Eigentümer sein, ohne Rückübertragung der Sache ungültig ist.[19]) Ueber die Zeit des Vorbehalts spricht sich zwar das Gesetz nicht aus. Aus den Vorschriften über Eigentumsübertragung folgt aber, dass der Vorbehalt spätestens bei der Uebergabe erfolgt sein muss. Andernfalls wird der Käufer gemäss § 929 Eigentümer. Durch eine blosse nachträgliche Vereinbarung des Vorbehalts kann das Eigentum auf den Verkäufer nicht zurückübertragen werden, wenn die

---

[17]) Bd. 54. S. 396 ff. R. G. E.; ebenso Kniep, S. 159 ff, 256.

[18]) Vgl. a. a. O. S. 58.

[19]) Vgl. Staudinger, a. a. O. S. 300; Recht 1902 S. 149; D. J. Z. 1902, S. 101.

Uebergabe der verkauften Sache ohne Eigentumsvorbehalt stattgefunden hat. Denn es fehlt hier an der Schaffung eines neuen konkreten Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen der Verkäufer dem Käufer den Besitz überlässt.[20]) Die Vereinbarung, durch welche die Parteien dem ursprünglichen Veräusserer die Position verschaffen wollen, als habe er sich von vornherein das Eigentum an der Sache vorbehalten, könnte hier nur wirksam sein, wenn der Verkäufer die Sache nicht mehr als Verkäufer, sondern auf Grund eines anderen Rechtsverhältnisses weiter behielte, wonach er etwa als Mieter oder Verwahrer sein Recht zum Besitze von dem Käufer ableiten würde.[21]) Diese Ansicht entspricht auch nur der des Reichsgerichts, das die nach der Besitzübertragung erfolgende Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes für den Verkäufer für nicht genügend erachtet, weil es hier an der Schaffung eines neuen konkreten Rechtsverhältnisses fehlt, auf Grund dessen der Verkäufer dem Käufer den Besitz überliesse.[22])

Fassen wir das Resultat unserer Ausführungen zusammen, so sehen wir, dass der Eigentumsvorbehalt kein den Beispielsfällen des § 868 „ähnliches Verhältnis“ enthalten kann. Doppelbesitz liegt vielmehr nur vor, wenn der unmittelbare Besitz zum mittelbaren zurückkehren will. Davon kann hier keine Rede sein![23])

§ 10.

Wir kommen zum Schluss unserer Betrachtungen! Wir haben versucht, das Wesen und die Erfordernisse des „Rechtsverhältnisses“ im § 930 BGB., das die Eigenschaften des Besitzmittlungsverhältnisses im § 868 BGB. in sich bergen muss, einer eingehenden Erörterung zu unterziehen. Es sei hier noch auf seine Bedeutung unter gleichzeitiger Betonung der Zweckmässigkeit des constitutum possessorium hingewiesen!

Der § 930 BGB. verlangt die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz nach § 868 BGB. erhält. Dieses obligatorische Rechtsver-

[20]) Vgl. Staudinger, a. a. O. S. 300; R. G. E. R. 1903, S. 430; Jur. Wochenschr. 1904 S. 198; ebenso Hachenburg, D. Jur. Z. 1904 S. 438.

[21]) Vgl. Tuhr a. a. O. S. 533.

[22]) Vgl. R. G E. Bd. 49. S. 170; Bd. 54. S. 396; ferner Kober a. a. O. zu § 930. sub 1b.

[23]) Ebenso Ernst a. a. O. S. 33.

hältnis ist das Bindeglied zwischen Besitz und mittelbarem Besitz.[1]) Sowie aber diese „verbindende Kette“[2]) an der entscheidenden Stelle abreisst, wenn also die Voraussetzungen des § 868 nicht mehr vorliegen, bricht der mittelbare Besitz zusammen. Man wird demnach bei einem Eigentumserwerb durch constitutum possessorium auf das Erfordernis eines konkreten Rechtsverhältnisses, wie es die § § 930, 868 BGB. verlangen, das grösste Gewicht legen müssen! Denn man muss sich vergegenwärtigen, dass ein derartiger, ohne Offenkundigkeit nach aussen sich vollziehender Eigentumserwerb nicht ohne Bedenken zugelassen werden konnte! Die Sicherheit der Kreditverhältnisse wird dadurch nicht erhöht, sagt Endemann[3]) mit Recht, wenn ein Schuldner nach aussen hin als Herr eines reichen Besitztums erscheint, dessen Inhalt durch Veräusserung des Eigentums in Wahrheit ausgehöhlt ist. Die Benachteiligung Dritter durch eine Veräusserung in Form des const. poss. ist also nicht ausgeschlossen, und deshalb werden seine Feinde zahlreicher sein als seine Freunde. Dennoch aber ist das praktische Bedürfnis vorhanden, dass der Veräusserer die Sachen z. B. als Mieter oder als Verwahrer zurückbehalten kann. Falls man hierfür Uebergabe und Rückübertragung verlangen würde, so könnte sich dies Erfordernis nur als eine nutzlose Belastung des Verkehrs darstellen, die eine Erkennbarkeit der dinglichen Rechtsverhältnisse trotz alledem nicht herbeiführen würde. Man muss eben berücksichtigen, dass nur die „pathologischen Ausnahmeerscheinungen des Rechtslebens vor Gericht kommen, das Verkehrsleben dem Richter meist nur seine Schattenseiten zeigt; dass aber in solchen bedauerlichen Formen, in denen das c. p. vor Gericht zu Tage tritt, absolut nicht seine Bedeutung erschöpft ist.“[4]) Wenn deshalb das const. poss. in der Praxis auch häufig in Exekutions- und Strafsachen auftauchen wird, wo der Verdacht betrügerischer Beseitigung von Objekten entsteht, so hat das Gesetz doch, wie Hirzel[5]) mit Recht bemerkt, in erster Linie die Wirkung, Prozesse zu verhindern, indem es dazu anspornt, von vornherein, ihm entsprechend, in der Regelung rechtlicher Verhältnisse zu verfahren.

Diesen Ausführungen kann nur zugestimmt werden! Man muss nur immer wieder das Vorhandensein eines konkreten rechtlichen Verhältnisses betonen, welches das Zurückbleiben der Sache beim Veräusserer rechtfertigt. Das „individualisierte“ Konstitut des BGB. ist ja aus der Besorgnis vor den Folgen ent-

[1]) Ebenso Wolff a. a. O. S. 55.
[2]) Vgl. Wendt a. a. O. S. 53.
[3]) Endemann Bd. II. 1900 S. 315.
[4]) Verhandl. des XV. D. J. T. I, S. 98.
[5]) a. a. O. S. 20.

standen, die ein „abstraktes“ Konstitut nach sich gezogen hätte! Von der Begründung des besonders gearteten Rechtsverhältnisses hängt die Verschaffung von Besitz und Eigentum für den Erwerber ab. So sagt v. Waldkirch:[6]) „Besitz und Eigentum wird dem Erwerber erst erworben mit dem Zeitpunkt der Perfektion des die Detention des Veräusserers motivierenden obligatorischen Rechtsgeschäfts.“

Oft bedienen sich die Parteien, falls ihr ernstlicher Wille, Eigentum zu übertragen und zu erwerben, wirklich vorhanden ist, eines anderen Weges, als des der Verpfändung, der ihnen aber zu demselben wirtschaftlichen Erfolg verhilft, nämlich der sog. Sicherungsübereignung. Auch hier wird man daran festhalten müssen, wie Dür.-Hachenburg[7]) sagen, dass bei einer Sicherungsübereignung einer Sache stets ein konkretes Rechtsverhältnis vorhanden sein muss. Man kann dann den Parteien nicht den Vorwurf machen, sie hätten nur eine verschleierte Verpfändung vornehmen wollen, es liege mithin eine unwirksame Uebertragung vor, die nur zum Scheine erfolgt sei.[8]) So sagt Meissner,[9]) nachdem er sich gegen eine Verpfändung mittels const. poss., also gegen eine Vereinbarung ausgesprochen hat, wonach der Verpfänder die Sache für den Gläubiger im Besitz behalten soll: „Dagegen kann, wie bisher einem Gläubiger für seine Forderung dadurch Sicherheit verschafft werden, dass der Schuldner ihm Sachen ernstlich insbesondere unter Vorbehalt des Rückkaufs veräussert, aber gemäss § 930 BGB. auf Grund eines Mietvertrages etc. im Besitze der Sachen verbleibt.“ Wenn also das Gesetz die Vereinbarung gemäss § 930 (const. poss.), welche bei der Eigentumsübertragung und auch bei der Niessbrauchbestellung (§ 1032) als Uebergabeersatz zugelassen ist, nicht anerkannt hat,[10]) da eine Verpfändung von Mobilien nach § 1205 rechtsgültig überhaupt nicht mehr durch const. poss. erfolgen kann,[11]) so ist es doch möglich, dass das Motiv des rechtsgeschäftlichen Vorgangs beim Eigentumserwerb durch const. poss. in einer Sicherstellung des Erwerbers wegen einer Forderung liegt.[12]) Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst nimmt ja in Abs. 2 des § 223, der den Fall eines

---

[6]) v. Waldkirch: Erwerb und Schutz des Eigentums an Mobilien nach S. O. R. S. 34.

[7]) a. a. O. S. 549.

[8]) D. J. Z. 1902 S. 485.

[9]) a. a. O. § 1205.

[10]) Vgl. Nathan a. a. O. S. 32.

[11]) Vgl. Matthiass a. a. O. S. 192.

[12]) Vgl. Staudinger a. a. O. S. 302.

fiduziarischen Geschäfts darstellt, auf Sicherungsübereignungen Bezug, wenn es sagt: „Ist zur Sicherung eines Anspruchs ein Recht übertragen worden, so . . .“ Unter den Worten „ein Recht“ kann man aber auch z. B. die Uebertragung des Eigentums, nicht nur die Bestellung eines Pfandrechts, verstehen.

So darf man den § 1205 BGB, wie die Vorarbeiten zum BGB. erkennen lassen, nicht dahin auslegen, dass er als Verbotsgesetz allgemeiner Natur vom Gesetzgeber aufgestellt ist. Sollte durch die Sicherung mittels const. poss. die Gefahr der Umgehung einer Mobiliarhypothek entstehen, so müsste man das freilich als eine actio in fraudem legis[13]) bezeichnen und es damit verwerfen. Denn das Bürgerliche Gesetzbuch hat im Interesse der Verkehrssicherheit konsequent das Prinzip durchgeführt, dass zur Begründung des Mobiliarpfandrechts von dem Erfordernis der Uebergabe nicht abgesehen werden darf.

Wollte man jedoch die Sicherungsübereignungen nicht anerkennen, so würde man zu weit gehen und auch der herrschenden Meinung[14]) widersprechen, die gegen sie nichts einzuwenden hat. So sagen Düringer-Hachenburg,[15]) dass das Pfandrecht den Besitz der Pfandsache durch den Gläubiger wohl voraussetze, dass das Bedürfnis des Verkehrs aber zu Rechtsformen geführt habe, welche eine Sicherung des Gläubigers gewähren, *ohne dem Schuldner den Besitz und die Benutzung der Sache zu entziehen*. Beide hätten sich, wie Düringer-Hachenburg sagen, im Laufe der Jahre ihre Anerkennung in der Gerichtspraxis erkämpft. Beide seien auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugelassen.

Dass die Parteien bei der Sicherstellung einer Forderung *nicht ausschliesslich* auf die Bestellung eines Pfandrechtes angewiesen sind, geht auch schon daraus hervor, dass, wie die Motive sagen, „in dem Zwecke der Sicherheitsleistung ein genügender Grund nicht gefunden werden kann, um die *bedingte Eigentumstradition* zu verbieten.“[16]) Man könne letzterer nicht etwa durch eine positive Bestimmung um deswillen entgegentreten, weil die Hinzufügung der Bedingung Sicherungszwecken dienen solle, das bedingte Geschäft mithin als Ersatz einer Verpfändung, deren strengere Erfordernisse erspart werden, gebraucht werden könne.[17])

[13]) So z. B. Baehr S. 360; Kohler S. 152; Hellwig S. 375; Kuhlenbeck I. S. 401; Gerbert S. 60.

[14]) Vgl. Planck Bd. 3. § 930 Anm. 4; Neumann Bd. 1. § 930 Anm. 4; Staudinger Bd. 3 § 930 Anm. 3b; Meisner § 1205 S. 289; Endemann Bd. 2 § 136.

[15]) Vgl. Düringer-Hachenburg. Bd. 2 S. 548.

[16]) Motive Bd. III. S. 338.

[17]) Motive Bd. III. S. 337.

Positive Beschränkungen hinsichtlich der bedingten Eigentumstraditionen finden sich in einigen partikulären Gesetzgebungen, wie z. B. dem sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch. Ihr Zweck ist wohl fast immer, einen solchen Eigentumsvorbehalt zu verhindern, der im Grunde genommen Pfandrechtszwecken dienen soll. So sagt das Sächs. BGB. im § 292 S. 1: „Der Vorbehalt des Eigentums zur Sicherung einer Forderung ist als Vorbehalt eines Pfandrechtes zu betrachten, dessen Entstehung nach den über dasselbe geltenden Vorschriften zu beurteilen ist.“[18]) Hiermit wird dem Eigentumsvorbehalt seine Wirkung abgesprochen, wenn mit ihm der Zweck verbunden ist, bei der Tradition einer beweglichen Sache eine Forderung zu sichern.

Das BGB. dagegen weist die Parteien, wie erwähnt, nicht ausschliesslich auf die Pfandbestellung hin, wenn sie sich Sicherheit wegen einer Forderung leisten wollen. Unser Gesetzbuch nimmt eben auch auf wirtschaftliche Gesichtspunkte Rücksicht. So kann bei der Sicherungsübereignung durch const. poss. (natürlich immer vorausgesetzt, dass es sich um kein blosses Scheingeschäft handelt) der Gesichtspunkt allein, wie Staudinger[19]) mit Recht sagt, dass der wirtschaftliche Zweck einer Sicherungsübereignung der gleiche ist, wie der einer Pfandbestellung, der Rechtsgültigkeit einer derartigen Uebereignung nicht im Wege stehen, sowenig wie derjenige, dass hierdurch dem wirtschaftlichen Resultate nach das Verpfändungsverbot durch Konstitut umgangen wird. Mit dem Reichsgericht muss man erwägen, dass die Sicherungsübereignung durch const. poss. sehr häufig zur Befriedigung des Kreditbedürfnisses der kleinen Leute dient, welche oft nur in der Lage sind, dem Gläubiger die in ihrer Hand befindlichen Mobilien, die sie notwendig gebrauchen und in deren Besitz sie deshalb auch bleiben müssen, zum Zwecke der Sicherheitsleistung darzubieten.

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass das constitutum possessorium verschiedenen Zwecken dienen kann. Es liegt jedenfalls kein Grund vor, ihm seine Existenzberechtigung und Zweckmässigkeit zu bestreiten! Die Unrichtigkeit des Schlusses, dass, weil es kranke Menschen gibt, alle Menschen krank seien, liegt auf der Hand; sollte es beim const. poss. anders sein?[20]) Man muss nur nachdrücklichen Wert auf sein

---

[18]) Vgl. Siebenhaar und Siegmann a. a. O. zu § 292.

[19]) Vgl. a. a. O. S. 302; R. G. E. Bd. 57. S. 177; Bd. 59 S. 146; Bd 62 S. 126 ff; Jur. Wschr. 1902 S. 259; 1903 S. 143; 1904 S. 6; Gruchot Beitr. Bd. 46 S. 988; 48. S. 867.

[20]) Vgl. Hirzel a. a. O. S. 20.

„besonderes Rechtsverhältnis“ legen! Denn aus ihm heraus werden sich z. B. Bedenken gegen eine gültige Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium erheben, wenn die Parteien behaupten, ein Mietverhältnis[21]) angeblich vereinbart zu haben, während es an jeder näheren Abrede über die Dauer und die sonstigen Modalitäten der Miete fehlt oder der Mietzins ganz willkürlich gewählt ist.

---

[21]) Vgl. hierüber auch Staudinger a. a. O. S. 302.